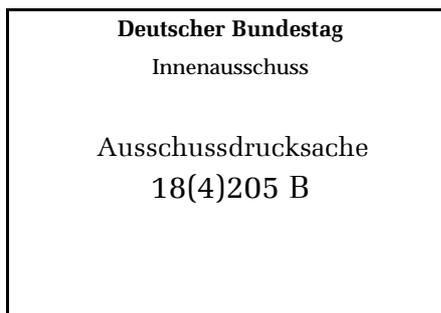


An den
Vorsitzenden des Innenausschusses
des Deutschen Bundestages
Herrn Wolfgang Bosbach



**Betr.: Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes
- Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch
Errichtung einer obersten Bundesbehörde - , BT-Drs. 18/2848**
hier: Sitzung des Innenausschusses am 1. Dezember 2014

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

zu dem o.g. Gesetzentwurf möchte ich Folgendes bemerken:

**1. Allgemeine Überlegungen zur Erforderlichkeit der Stärkung der
Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund**

Zunächst ist sehr zu begrüßen, dass nunmehr 31 Jahre nach dem Volkszählungsurteil und 19 Jahre nach dem Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr vom 24. Oktober 1995 (95/46/EG) - zukünftig als EG-DS-RiLi bezeichnet - nun doch noch die völlige Unabhängigkeit der Kontrollbehörde (Aufsichtsbehörde) für den Bereich des Bundes geschaffen werden soll, wie sie auch der am 1. Dezember 2009 in Kraft getretene Vertrag von Lissabon in Art. 8 Abs. 3 der Grundrechte Charta¹ fordert,. Auch wenn seit der Verurteilung der Bundesrepublik

¹ Es wäre dann noch Art 47 Abs. 2 der Grundrechte Charta umzusetzen und insoweit die Gerichtsstrukturen in Deutschland so zu gestalten, dass wir auch über unabhängige Gerichte und nicht nur über unabhängige Richter verfügen.

Deutschland durch den EuGH² zu der Problematik der fehlenden Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden nun auch schon wieder zweieinhalb Jahre vergangen sind.

Die vollständige Abnabelung der Bundesbeauftragten für den Datenschutz vom einem zu kontrollierenden, dem Bundesministerium des Innern und seinen Ressorts ist also längts überfällig.

Bereits 1983 hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Volkszählung hervorgehoben, dass gerade im Interesse eines vorgezogenen Rechtsschutzes durch rechtzeitige Vorkehrungen, *die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter von erheblicher Bedeutung für einen effektiven Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist.*³ Das Bundesverfassungsgericht hat damals schon festgestellt, dass eine effektive Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragten notwendig ist.⁴ Diese Funktion wurde auch in dem Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts hervorgehoben.⁵

Die vollständige Unabhängigkeit der Bundesbeauftragten für den Datenschutz setzt aber ein mehr voraus, als in dem vorliegenden Entwurf bisher vorgesehen. Insoweit bedarf es weiterer Verbesserungen.

2. Personal-Ausstattung

Soll die oberste Bundesbehörde der Bundesbeauftragten für den Datenschutz⁶ eine effektive Kontrolle gewährleisten, so wie das BVerfG es schon 1983 gefordert hat, wäre seit längerem eine wesentlich bessere Sach- und erst recht Personalausstattung erforderlich gewesen. Seit der Umsetzung dieser Entscheidung zu Beginn des Jahres 1990 sind der Bundesbeauftragten erhebliche weitere Aufgaben und Zuständigkeiten durch diverse Gesetze und Verordnungen – nicht zuletzt auch Europarechtlich – zugewachsen. Eine kursorische Durchsicht bei Juris führt allein zu 42 Bundesgesetzen und Bundesrechtsverordnungen, in denen der Bundesbeauftragten für den Datenschutz in einem oder mehreren Paragraphen u.a. auch Beteiligungen unter Fristsetzungen

² Urteil vom 9.03.2010, Az. C 518/07.

³ BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83 –, BVerfGE 65, 1-71, Rdnr 157 – nach Juris.

⁴ BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83 –, BVerfGE 65, 1-71, Rdnr 193 – nach Juris.

⁵ Vgl. Roßnagel, Pfitzmann, Gerska, Modernisierung des Datenschutzrechts – Gutachten im Auftrag des BMI 2001, Teil 3 9. Datenschutzkontrolle, S. 188 ff.

⁶ Zur besseren Lesbarkeit wird auf das Panoptikum der Benennung in männlicher und weiblicher Form verzichtet und nur die weibliche Form genutzt – auch wenn es den Grundsätzen der femininen und

zugewiesen wurden. Dies finden wir z.B. im Bereich der Sozialgesetzbücher, so dass die Beteiligung wegen der damit verbunden besonderen Arten personenbezogener Daten eine hohe Brisanz aufweisen. Hinzu kommen die wachsenden Aufgaben im Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

So hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Gemeinsamen Antiterrordatei der Polizeibehörden und Nachrichtendienste kritisch darauf hingewiesen, dass bedingt durch den Zweck und die Funktionsweise der Datei das Antiterrordateigesetz Transparenz hinsichtlich des Informationsaustauschs nur in begrenztem Umfang bietet und damit den Betroffenen auch nur eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten gewährleistet; die Kontrolle über seine Anwendung liege damit *im Wesentlichen bei der Aufsicht durch die Datenschutzbeauftragten*. Dies sei mit der Verfassung vereinbar, *wenn für die effektive Ausgestaltung der Aufsicht verfassungsrechtliche Maßgaben beachtet werden*.⁷ Eine entsprechende Personalaufstockung allein hierfür ist bis heute nicht erfolgt, so dass bei einem Referat mit sechs Köpfen (bei teilweiser gleichzeitiger Doppelfunktion). In den Bereichen von BKA, Bundespolizei, Schengen, Europol, Interpol, Nachrichtendienste, SÜG, Strafrecht und vielem mehr, bleibt eine wirksame und effektive Aufsicht ebenso Wunschdenken, wie eine vertiefte und in die richtigen Feinheiten gehende Beteiligung der Bundesbeauftragten für den Datenschutz (z.B. bei Errichtungsanordnungen). Auch wird von dem Referat der Bereich NSA-Ausschuss wahrgenommen.⁸

Im nicht-öffentlichen Bereich ist die Bundesbeauftragte für den Datenschutz gem. § 32 BDSG für über 3000 TK-Dienstleistungsunternehmen und über 1000 Job-Center zuständig. Hier wurde in dem Urteil des EuGH⁹ hervorgehoben, dass Deutschland möglicherweise ein Interesse daran haben, dass die Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in diesem Bereich gerade nicht eingehalten werden. Dem ist durch eine entsprechende Personalaufstockung deutlich entgegen zu treten.

Da der Zuwachs an Aufgaben um ein Vielfaches gestiegen ist, sind die im Gesetzentwurf angedachten vier zusätzlichen Planstellen - allein schon in der Außenwirkung - weniger als

maskulinen Rechtssprache widerspricht. Lesbarkeit sollte das oberste Gebot sein. Auch wird auf den Zusatz der Informationsfreiheit verzichtet, da es vorliegend nicht um dieses Thema geht.

⁷ BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, BVerfGE 133, 277-377, Rdnr. 204 nach Juris.

⁸ Der Personalbestand ist zwar seit meiner Abordnung 1997 leicht angestiegen. Der Personalzuwachs entspricht aber nicht dem Zuwachs an Aufgaben.

⁹ Urteil vom 9.03.2010, C-518/07, Rn. 35.

der berühmte Tropfen auf dem heißen Stein.¹⁰ Aber auch, wenn man nur von den Überlegungen des Gesetzentwurfes ausgeht, hätte man berücksichtigen müssen, dass eine oberste Bundesbehörde über einen eigenen Personalrat (bei Außenstelle zwei Personalräte und eine Stufenvertretung), eine Schwerbehindertenvertretung und vieles mehr verfügen muss. Sollen die sogenannten Gremienvertreter einer Obersten Behörde kein Feigenblatt sein, sondern ihre Aufgaben auch wahrnehmen können, so bindet allein dies Zeit und damit Arbeitskraft. Auf die Frage notwendiger Freistellungen kommt es dabei nicht an. Allein die Monatsgespräche, die zu führen wären, kosten nun einmal Zeit. Dies sollte dem Bundesministerium des Innern auf Grund seiner Ressortzuständigkeit bekannt sein. Allein insoweit bedarf es einer Personalaufstockung, die über die angedachte hinausgeht.

Die in der Stellungnahme der Bundesbeauftragten vom 15. Oktober 2014 gemachten Zahlenangaben für den Bedarf an weiteren Planstellen dürften nach meiner Kenntnis eher verhalten sein. Insoweit ist die Forderung zur Personalaufstockung der Bundesbeauftragten in ihrem Positionspapier (B. Herstellung einer funktionsfähigen Datenschutzaufsicht im Bund)¹¹ voll zu unterstützen. Dabei ist auch *Artikel 47 Nr. 5 des Entwurfes der EU-Datenschutzgrundverordnung (Unabhängigkeit)* schon heute zu beachten, der vorschreibt, dass jeder Mitgliedstaat sicherzustellen hat, 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. Weiterer Stellenbedarf durch weitere notwendige Aufgabenzuweisung im Bereich des Bußgeldrechts

Soweit die Bundesbeauftragte für den Datenschutz sich darauf beschränkt, dass der vorliegende Gesetzentwurf zur Unabhängigkeit sich ausschließlich mit der „Architektur“ der künftigen obersten Bundesbehörde befasse und die Fragen zur Erweiterung der Kompetenzen gesondert in einem weiteren zeitnahen Gesetzgebungsverfahren behandelt werden sollen, kann dem nicht gefolgt werden.

Zur Unabhängigkeit gehört auch, dass die oberste Bundesbehörde gegenüber öffentlichen, wie auch nicht-öffentlichen Stellen, über entsprechende Sanktionsmöglichkeiten verfügt.

¹⁰ Auf weitere Aufführungen und damit Wiederholungen zu dem von der Bundesbeauftragten für den Datenschutz in ihrem Positionspapier vom 15. Oktober 2014 angemeldeten Bedarf wird insoweit verzichtet,

¹¹ Ausschussdrucksache 18(4)178

Es schadet der Unabhängigkeit, wenn die im BDSG vorgesehenen Bußgelder durch eine andere Behörde (hier Regulierungsbehörde bei Post- und Telekommunikationsunternehmen) festgesetzt werden und diese eine Festsetzung dann möglicherweise unterlässt, weil sie die rechtliche Würdigung der Bundesbeauftragten für den Datenschutz nicht teilt – wie schon vorgekommen.

Insoweit sieht der Entwurf der Datenschutzgrundverordnung vor, dass die „Aufsichtsbehörde“ Verwaltungssanktionen, also u.a. Bußgelder, verhängen darf (Art. 53 Abs. 4 iVm Art. Artikel 79 Absätze 4, 5 und 6). Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz ist schon Bußgeldbehörde nach § 33 Nr. 2 Personalausweisgesetz (PAuswG), wenn gegen § 32 Abs. 1 Nr. 6 bis 8 PAuswG verstoßen wird.¹² Insoweit wäre es mehr als konsequent, wenn gerade im Kernbereich des BDSG (§ 32 BDSG) die Bußgeldverstöße von der Bundesbeauftragten für den Datenschutz als fachlich kompetente Stelle geahndet würden. Die Bußgeldvorschriften des BDSG stehen in einem akzessorischen Verhältnis zu den Ge- und Verboten des Gesetzes. Daher besteht zwischen der Aufsicht über die Einhaltung des Gesetzes und der Sanktion von Verstößen gegen dessen Bestimmungen ein untrennbarer Zusammenhang. Die Aufsicht wäre in erheblicher Weise beeinträchtigt, fiele die bußgeldrechtliche Verfolgungs- und Ahndungspraxis mit dem aufsichtlichen Vollzug des gleichen Rechts auseinander. Insoweit wäre diese Aufgabe der Regulierungsbehörde zu entziehen und das TKG sowie das Postgesetz anzupassen. Andernfalls wären die Vorgaben von Artikel 28 Abs. 3 EG-DS-RiLi nur unzureichend umgesetzt.

Artikel 1 ist daher wie folgt zu ändern:

Dem § 43 ist folgender Absatz 4 anzufügen:

"(4) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist die nach § 38 zuständige Behörde. Sie nimmt abweichend von den Bestimmungen des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten im Zwischen-, Haupt- und Rechtsmittelverfahren die Rechte und Pflichten der Staatsanwaltschaft wahr. Erwägt die Staatsanwaltschaft in den Fällen des § 40 oder § 42 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten das Verfahren wegen der Ordnungswidrigkeit einzustellen, so hat sie die Zustimmung der sonst zuständigen Behörde einzuholen."

Allerdings ist auch die Stellung zur Staatsanwaltschaft nicht aus dem Auge zu verlieren. Die Vorschriften des Verfahrensrechts, die es den Staatsanwaltschaften erlauben,

¹² „Entgegen § 19 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 erster Halbsatz, Abs. 2, 3 oder Abs. 4 Satz 1 PAuswG ein Sperrmerkmal, ein Sperrkennwort oder Daten speichert, entgegen § 20 Abs. 2 PAuswG der Ausweis zum automatisierten Abruf oder zur automatisierten Speicherung personenbezogener Daten verwendet, entgegen § 20 Abs. 3 Satz 1 PAuswG eine Seriennummer, ein Sperrmerkmal oder ein Sperrkennwort verwendet wird.“

ungeachtet der Auffassung der Datenschutzaufsicht als Ordnungswidrigkeitenbehörde über die Einstellung des Verfahrens bei Gericht, das Absehen von Urteilsgründen oder eine Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Bußgeldrichters allein zu entscheiden (vgl. §§ 72, 75 Absatz 2, §§ 77b, 79 OWiG), sind mit den Vorgaben zur Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht nicht in Einklang zu bringen. Die damit zusammenhängenden Probleme sind bei den Aufsichtsbehörden der Länder seit langem bekannt. Insoweit ist für alle Aufsichtsbehörden (Datenschutzbehörden der Länder) eine entsprechende Regelung im OWiG bzw. der StPO aufzunehmen, die eine entsprechende Beteiligung der Verwaltungsbehörde im Verfahren der Staatsanwaltschaft und im gerichtlichen Verfahren sicherstellt. Dies gebietet schon die erforderliche Umsetzung der EuGH-Entscheidung gegen Deutschland.

Bezüglich der Bundesbeauftragten für den Datenschutz wären das TKG bei den §§ 115 und 149 TKG und das Postgesetz bei §§ 42 und 50 Postgesetz anzupassen.

Die Bündelung der Zuständigkeit für die Bußgeldverfahren im Bereich des Datenschutzes hätte allerdings auch zur Konsequenz, dass es auch hierfür einer *entsprechenden Personalausstattung und damit Stellenaufstockung* bei der Bundesbeauftragten für den Datenschutz *bedarf*: Allein dafür ein Referatsleiter mit mindestens 4 Referenten als Volljuristen und einer entsprechender Zahl von Sachbearbeitern, zumal auch die Vollstreckung später sehr arbeitsintensiv sein kann.

4. Verschwiegenheits- und Zeugenregelung

Obwohl dem Bundesrechnungshof durch seine Prüftätigkeit durchaus Umstände bekannt werden können, die nicht bekannt werden sollten, findet sich im Gesetz über den Bundesrechnungshof interessanterweise keine besondere Regelung über die Verschwiegenheit.¹³ Für die Bundesbeauftragte für den Datenschutz soll es jedoch Regelungen geben. Mit dem Ausscheiden aus dem Dienst verbleibt die Bundesbeauftragte in einem besonderen Dienstverhältnis entsprechend den Regelungen der in Ruhestand versetzten Beamten. Die völlige Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle gebietet es daher, dass die oder der ehemalige oder amtierende Bundesbeauftragte weiterhin „unabhängig“ bleibt. Mithin muss er frei von einer Genehmigung durch die Bundesregierung oder der/des amtierenden Bundesbeauftragten für den Datenschutz nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen darüber entscheiden, ob sie oder er vor Gericht oder

einem Parlamentarischen Untersuchungsausschuss aussagt. Dabei hat sie oder er die durch die Verfassung gezogenen Grenzen zu beachten. Es ist jeweils eine Abwägung zwischen der Schwere der möglichen Gefährdungen oder Beeinträchtigungen und dem öffentlichem Interesse an der Aufklärung vorzunehmen.

In der Vorabfassung ist die Änderung zu § 23 Abs. 6 BDSG interessanterweise gestrichen. Dies erweckt den Eindruck, dass Absatz 6 erhalten bleiben sollte. In der bisherigen Fassung würde Absatz 6 aber keinen Sinn mehr machen, so dass Absatz 6 zu streichen wäre. Eine Folge, die aus meiner Sicht unschädlich wäre. Dies sieht der Entwurf in der gedruckten Fassung jedoch nicht vor.

Insoweit ist in Art. 1 Nr. 10 der Buchstabe g) zu belassen, aber anders formuliert als in dem Gesetzentwurf.

Absatz 6 und damit Art. 1 Nr. 10 Buchstabe g) müssten aber wie folgt lauten:

„Die oder der Bundesbeauftragte darf als Zeugin oder Zeuge aussagen. Die oder der Bundesbeauftragte sieht nach pflichtgemäßem Ermessen von einer Aussage im Einzelfall ganz oder teilweise ab, sofern dies aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn die Aussage zur Folge haben würde, dass

- 1. die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet würde,*
- 2. Grundrechte verletzt würden oder*
- 3. der Kernbereich der Entscheidungsfindung der Bundes- oder einer Landesregierung, insbesondere bei laufenden Regierungsgeschäften, beeinträchtigt würde.*

Die oder der Bundesbeauftragte darf jedoch stets aussagen, wenn das durch eine Aussage beförderte öffentliche Interesse an der Aufklärung von Rechtsverletzungen oder vergleichbaren Missständen überwiegt.

Die Sätze 1 und 2 gelten auch für ehemalige Bundesbeauftragte.“

Mithin wären die Buchstaben aa) und bb) in Absatz 1 Nr. 10 Buchstabe g) durch den obigen Änderungsvorschlag zu ersetzen.

Auch ohne dass die oder der Bundesbeauftragte einer Aussagegenehmigungspflicht unterworfen wird, besteht aufgrund allgemeiner strafrechtlicher Bestimmungen eine hinreichende rechtliche Absicherung im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Grenzen von gerichtlichen und außergerichtlichen Aussagen. Sofern die oder der Bundesbeauftragte

¹³ Dafür noch der Bezug auf das Dienstgericht des Bundes, welches es schon seit Jahren nicht mehr gibt.

aus der Kontrolltätigkeit Anhaltspunkte dafür hat, dass Informationen den Kernbereich der Entscheidungsfindung betreffen, wird zur weiteren Abklärung ohnehin eine Konsultation der Bundesregierung, eines Fachministerium usw. erforderlich sein, um den Sachverhalt genauer aufzuklären und eine Ermessensentscheidung überhaupt treffen zu können.

Eine solche Konsultation kann und muss dann auch durch die ehemalige Bundesbeauftragte erfolgen.

In der Folge ist in Art. 1 Nr. 10 Buchstaben f) bb)

der Halbsatz „,wenn sie oder er nicht mehr im Amt ist, ist die Genehmigung der oder des amtierenden Bundesbeauftragten erforderlich“ **zu streichen**.

Die Bundesbeauftragte ist nach ihrem Ausscheiden aus dem Amte für das, was in ihrer Amtszeit passierte und an Erkenntnissen gewonnen wurde, weiterhin selbst verantwortlich.

5. Bestellung

Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass die Bundesbeauftragte für den Datenschutz von der Bundesregierung vorgeschlagen wird und der Deutsche Bundestag die Wahl ohne Aussprache vollzieht. Es soll also bei der bisherigen Regelung des § 22 Abs. 1 BDSG verbleiben. Dies entspricht nicht den Anforderungen des Europarechts. Die Stellung und Tätigkeit der Bundesbeauftragten ist nicht ein repräsentatives und politisches Amt, sondern ein Amt, welches ein hohes Maß an Sachkompetenz erfordert. Im Lichte von Art. 33 Abs. 2 GG¹⁴ bedarf es schon eines Anforderungsprofils, dass der Deutsche Bundestag – wenn er schon auf eigene Rechte verzichtet¹⁵ – ggf. der Bundesregierung bei der Auswahl für den von ihr zu unterbreitenden Vorschlag selbst festzulegen hat. Da es sich vorliegend um kein politisches Amt handelt - auch wenn Fragen zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung immer im hohen Maße politisch sind - hat nach den ganz allgemeinen Grundsätzen des Beamtenrechts eine Ausschreibung mit einem qualifiziertem Anforderungsprofil zu erfolgen, wie bei jedem anderen Behördenleiter (und gerade nicht Minister) auch. Insoweit bedarf es eines dezidierten Anforderungsprofil, wie dies auch für

¹⁴ „Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.“

¹⁵ Zu einer Idee der Auswahl und Bestellung durch das Parlament siehe Gesetzentwurf der Fraktion der PIRATEN (LT-Drs. 18/1472) zur Neuwahl der oder des Landesbeauftragten für Datenschutz in Schleswig-Holstein.

den europäischen Datenschutzbeauftragten in der Ausschreibung am 31. Juli 2013¹⁶ festgelegt worden ist und 2014 wiederholt wurde.¹⁷

Dazu gehören insbesondere:

- Erfahrung im Bereich des Datenschutzes,
- praktische Erfahrung in der Durchführung und Einhaltung von Datenschutzvorschriften und
- Gewährleistung der erforderlichen Unabhängigkeit.

Sollte das Parlament der Meinung sein, dass die Kriterien vor jeder Neubesetzung neu festzulegen sind, müsste in § 22 BDSG ein Absatz 1a eingefügt werden:

„Die Kriterien und das Anforderungsprofil für die Auswahl der oder des Bundesbeauftragten für den Datenschutz durch die Bundesregierung beschließt der Deutsche Bundestag spätestens fünfzehn Wochen vor dem Ende der jeweiligen Amtszeit.“

6. Schlussbetrachtung

Die hier gemachten Ausführungen sind nur punktuell und schwerpunkthaft zu verstehen. In Ergänzung füge ich meine Veröffentlichungen zu dem Thema bei. Einige der dort gemachten Überlegungen sind in den Entwurf bereits eingegangen.¹⁸

Mit freundlichen Grüßen



(Hans-Hermann Schild)

¹⁶ EUROPÄISCHER DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER, Ausschreibung der Stelle des Europäischen Datenschutzbeauftragten (m/w) und des stellvertretenden Datenschutzbeauftragten (m/w), COM/2013/10338, ABl. C 219 A/1.

¹⁷ Europäischer Datenschutzbeauftragter, Ausschreibung der Stelle des stellvertretenden Datenschutzbeauftragten (m/w), COM/2014/10353, ABl. C 163 A/1.

¹⁸ Die völlige Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden aus europarechtlicher Sicht – zugleich Überlegungen, die bestehende Vertragsverletzung im Bereich der Kontrollbehörden nach Art. 28 EG-DS-RiLi der Bundesrepublik Deutschland endlich zu beenden, DuD 2010, S. 549 ff., und Zur Bestellung der Bundesbeauftragten/des Bundesbeauftragten für den Datenschutz: Vergleich und Plädoyer, DANA 2014, S.16 f..

Hans-Hermann Schild

Die völlige Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden aus europarechtlicher Sicht

– zugleich Überlegungen, die bestehende Vertragsverletzung im Bereich der Kontrollbehörden nach Art. 28 EG-DS-RiLi* der Bundesrepublik Deutschland endlich zu beenden

Der Begriff „Unabhängigkeit“ bereitet dem Bund und den Ländern im europäischen Kontext sowohl bei der Justiz, wie auch bei den Kontrollbehörden, erhebliche Probleme, da „Unabhängigkeit“ wohl etwas „Unheimliches“ ist. Der nachfolgende Beitrag soll Lösungsmöglichkeiten in Richtung einer europakonformen Novellierung des Bundes- und der Landesdatenschutzgesetze – ohne vollständig jedes Problem aufgreifen zu können – in der groben Richtung aufzeigen.

1 Unabhängigkeit – eine Einführung

Der Begriff Unabhängigkeit ist keine Wortschöpfung der Neuzeit oder der Europäischen Gemeinschaft. Er ist schon im Grimmschen Wörterbuch aufgenommen und unter anderem beschrieben als „*gegenteil von abhängigkeit*“.¹



Hans-Hermann Schild

Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Wiesbaden, befasst hat sich seit

1985 in vielen Fachpublikationen mit dem Datenschutzrecht und der Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie.

Und „unabhängig *ersetzt nun das ältere unangebunden*“.²

Die Justiz als dritte Gewalt soll nach der Lehre der Gewaltentrennung „unabhängig“ von der Verwaltung sein. Doch wird diese Unabhängigkeit in Deutschland nur noch auf die Unabhängigkeit des Richters beschränkt.³ Die strikte Gewaltentrennung und damit einhergehend eine fehlende Selbstverwaltung der Justiz entspricht nicht den Anforderungen, die an die neuen Mitgliedstaaten der Europäischen Union als Beitrittsvoraussetzungen gestellt wurden. Würde Deutschland heute der Europäischen Union beitreten wollen, so wäre diese Form der falsch verstandenen Unabhängigkeit und die fehlende

Selbstverwaltung der Justiz ein Beitritts-hindernis.⁴

Beachtlich ist, dass das Bundesverwaltungsgericht gerade entschieden hat, dass die DB Netz AG sich in Fragen des Netzzugangs und der Wegeentgelte nicht durch Juristen der Deutschen Bahn AG als Konzernmutter beraten und vertreten lassen darf. Ein solches Vorgehen widerspreche § 9a des Allgemeinen Eisenbahngesetzes, der in Umsetzung europarechtlicher Richtlinien die „Unabhängigkeit der Betreiber“ von Schienenwegen in netzzugangsrelevanten Entscheidungen sicherzustellen suche.⁵

2 Unabhängigkeit in Europa

Demgegenüber ist ein Staat wie die Schweiz, die nicht Mitglied der Europäischen Union ist und auch eine Mitgliedschaft nicht anstrebt, von sich aus bereit, die völlige Unabhängigkeit für den Be-

² Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm, Bd. 24, Sp. 52, 40.

³ In diesem Sinne wohl immer noch auch der Hessische Dienstgerichtshof für Richter, Urteil vom 20.04.2010, Az. DGH 4/08. Verstanden im Sinne der Grimmschen Definition bezogen auf eine von der zweiten Gewalt selbständige Justiz, siehe die Resolution 1685 der Parlamentarischen Versammlung des Europarates vom 30.09.2009. Dazu aber auch die Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Linken vom 13.03.2010, BT-Drs. 17/1097.

⁴ Zur fehlenden Selbstverwaltung der Justiz siehe beispielhaft Deutscher Richterbund, „Selbstverwaltung der Justiz“, www.drj.de/cms/index.php?id=552 (Stand 24.05.2010) mit weiteren Links.

⁵ BVerwG, Urteil vom 18.05.2010, Az. 3 C 21.09.

* Richtlinie 95/46/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 31.

¹ Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm, Bd. 24, Sp. 60, 20.

reich der Kontrollbehörde zu gewährleisten. So wurde im Rahmen der Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Schutz von personenbezogenen Daten, die im Rahmen der polizeilichen justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden, Art. 26 des Bundesgesetzes vom 19.06.1992 über den Datenschutz dahingehend geändert, dass der Beauftragte seine Funktion unabhängig und ohne Weisung einer Behörde zu erhalten ausübt. Dabei wird der Beauftragte administrativ zwar der Bundeskanzlei zugeordnet. Jedoch verfügt er über ein ständiges Sekretariat und ein eigenes Budget und stellt selbst Personal ein.⁶

3 Urteil des EuGH und seine Folgen

Mit Urteil der großen Kammer des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 09.03.2010⁷ stellte das Gericht fest, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre Verpflichtung aus Art. 28 Abs. 1 EG-DS-RiLi, Kontrollstellen zu schaffen, die ihre Aufgaben „in völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen, nicht in Übereinstimmung mit der EG-DS-RiLi umgesetzt hat und damit gegen europarechtliche Vorgaben verstößt. Zwar bezieht sich die Entscheidung auf Grund des von der Kommission betriebenen Verfahrens „nur“ auf die Kontrollstellen des nicht-öffentlichen Bereichs. Eine genaue Analyse der Entscheidung zeigt aber, dass die derzeitige Konstellation aller Kontrollbehörden in Deutschland auf dem Prüfstand steht und sämtliche Regelungen hierzu mehr oder auch weniger alsbald zu überdenken und zu ändern sind.⁸

3.1 Kontrollstellen in Deutschland

In Deutschland wird die Kontrollstellenfunktion nach Art. 28 Abs. 1 EG-DS-RiLi von zu vielen Stellen wahrgenommen. Dies liegt zum einen an dem Föderalismus

und damit an den Zuständigkeiten von 16 Bundesländern, die gem. Art. 84 GG die Errichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren bei der Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheiten regeln. Zum anderen aber auch daran, dass zwischen dem öffentlichen und dem nicht-öffentlichen Bereich ebenso unterschieden wird wie noch zwischen den Rundfunkdatenschutzbeauftragten für den journalistischen redaktionellen Teil und den jeweiligen kirchlichen Datenschutzbeauftragten. Sie alle sollen Kontrollstellen i.S.v. Art. 28 EG-DS-RiLi sein. Wie soll da der Bürger, um dessen Daten es geht, wissen, an wen er sich zu wendet hat? Wie sind die Abgrenzungen der Zuständigkeiten, wenn eine öffentliche und eine nicht-öffentliche Stelle tätig wurden und der Betroffene sich an eine der möglichen Kontrollbehörden wendet?⁹

Dass dies nicht so einfach ist, zeigt der für den Datenschutz zuständige Hessische Innenminister sehr deutlich, wenn er im Landtag ausführt, dass „der Bundesdatenschutzbeauftragte (...) für den nicht öffentlichen Bereich der Deutschen Bahn zuständig“ sei.¹⁰ Handelt es sich hier nicht um eine falsche und zudem noch sehr bedenkliche Tatsachenbehauptung? Ist nicht der Berliner Datenschutzbeauftragte die zuständige Aufsichtsbehörde für den nicht-öffentlichen Bereich in Berlin und damit auch für die Bahn AG zuständig, da sie in Berlin ihren Sitz hat?

Sind für einen Sachverhalt zwei oder mehr Kontrollstellen zuständig, z.B. weil eine öffentliche und eine nicht-öffentliche Stelle in einem Lebenssachverhalt mit personenbezogenen Daten rechtswidrig umgegangen sind, besteht die Gefahr, dass keine Datenschutzkontrollinstanz tätig wird oder sich die Stellen den „schwarzen Peter“ gegenseitig zuspülen und für den Betroffenen nur heiße Luft entsteht, aber keine wirksame Hilfe greift. Dies hat auch etwas mit der derzeitigen vom EuGH beanstandeten Stellung der Kontrollbehörden zu tun.

3.2 Stellung der Kontrollstellen im Lichte der EG-DS-RiLi

Die Einrichtung der Kontrollstellen in einem Mitgliedstaat ist ein wesentliches Element des Schutzes der Person bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten.¹¹ Um diesen Schutz gewährleisten zu können, verfügt jede Kontrollstelle nach Art. 28 Abs. 3 EG-DS-RiLi insbesondere über Untersuchungsbefugnisse, wirksame Einwirkungsbefugnisse, welche auch die Anordnung eines vorläufigen oder endgültigen Verbots einer Verarbeitung umfassen, aber auch ein Klagerecht oder eine Anzeigebefugnis – soweit eine Strafnorm bestehen sollte, gegen die verstoßen wurde.

Dies ist aber nicht bei allen Kontrollstellen der Fall. So handelt es sich bei dem Hessischen Datenschutzbeauftragten nach der Aussage des Hessischen Innenministers „um eine Einrichtung rein zur Beratung“.¹² Es kann aber nicht sein, dass z.B. ein Landgerichtspräsident über mehrere Monate hinweg unter Berufung auf sein Hausrecht eine optisch elektronische Überwachungsanlage betreibt¹³, ohne auch nur im Ansatz gesetzliche Vorgaben zu beachten, und „nur“ eine Beratung oder später eine Unterrichtung des Parlaments (Hessischen Landtag) im Rahmen einer sogenannten Beanstandung erfolgt, die im Ergebnis auch ausgesessen werden kann (form-, frist- und fruchtlos). Auch die für den öffentlichen Bereich zuständigen Bundes- und Landesdatenschutzbeauftragten müssen, um richtlinienkonform zu sein, mit den gleichen Instrumenten ausgestattet werden, wie für den nicht-öffentlichen Bereich. Denn der Grundsatz, dass die öffentliche Verwaltung sich in der Regel rechtmäßig verhält, ist wohl kaum gegeben.¹⁴

¹¹ Erwägungsgrund 62, ABl. Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 37.

¹² So Volker Bouffier (Innenminister) bei der ersten Lesung des Gesetzentwurfs der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Neuordnung des Datenschutzes und Wahrung der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten in Hessen – Drs. 18/375, Plenarprotokoll vom 16.06.2009, S. 805.

¹³ Siehe dazu VG Wiesbaden, Beschluss vom 20.01.2010, Az. 6 K 1063/09, NJW 2010, 1220.

¹⁴ Man sehe sich nur den großen Bereich des E-Government an, in dem zwar automatisierte Verarbeitungen eingeführt werden, es aber an der Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben mehr als mangelt, ja bereits die erforderlichen Meldungen und Vorabkontrollen fehlen, wie z.B. bei Elena, der Verarbeitung elektronischer Lohnsteuermerkmale nach § 39e EStG, Elster oder bei den Einführungen der elektronischen Akte bei Bundesverwaltungen

⁶ Siehe Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme des Rahmenbeschlusses 208/977/JI über den Schutz von Personaldateien im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen – Weiterentwicklung des Schengen-Bestandes vom 19.03.2010.

⁷ Az. C-518/07; DuD 2010, 335 ff.

⁸ In diesem Sinne auch die Anmerkung von Petri/Tinnefeld zu dem Urteil des EuGH vom 09.03.2010, MMR 2010, 355 ff.

⁹ Statt vieler negativer Beispiele siehe nur Beisenherz/Tinnefeld, Sozialdatenschutz – eine Frage des Beschäftigtendatenschutzes?, DuD 2010, 221 f.

¹⁰ Volker Bouffier (Innenminister) bei der ersten Lesung des Gesetzentwurfs der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Neuordnung des Datenschutzes und Wahrung der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten in Hessen – Drs. 18/375, Plenarprotokoll vom 16.06.2009, S. 806.

3.3 Zwischenfazit

Die bisher erfolgten Erörterungen zeigen zunächst, dass eine Zusammenfassung der Kontrollstellen für den öffentlichen und für den nicht-öffentlichen Bereich erforderlich ist. Die in Deutschland bisher praktizierte Unterscheidung zwischen öffentlichem und nicht-öffentlichem Bereich ist nicht nur nicht praktikabel, sondern verkennt auch die Bedeutung der Datenschutzkontrolle für die Realisierung eines effektiven Grundrechtsschutzes.¹⁵ Deshalb sollten im Sinne eines effektiven Persönlichkeitsschutzes in jedem Bundesland die Aufsichtsbehörde für den nicht-öffentlichen Bereich und der Landesdatenschutzbeauftragte in einer unabhängigen Kontrollinstanz zusammengeführt werden. Denn auch die materiellen Normen der EG-DS-RiLi gelten zu Recht einheitlich für beide Bereiche.

Des Weiteren sind die Befugnisse und Kompetenzen einer unabhängigen Kontrollinstanz so zu regeln, dass diese für den öffentlichen wie für den nicht-öffentlichen Bereich entsprechend gleich gewichtet sind. Dabei ist auch § 38 BDSG – soweit er auf Grund der Gesetzgebungskompetenz des Bundes die Aufgaben der Kontrollinstanz für den nicht-öffentlichen Bereich regelt – im Lichte der Entscheidung des EuGH zu novellieren. Auch sind die Regelungen zum Bundesdatenschutzbeauftragten, wie die Normen, die die Landesdatenschutzbeauftragten betreffen, im Hinblick auf die völlige Unabhängigkeit zu erneuern.

4 Unabhängigkeit der Kontrollinstanz

Der EuGH hat festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland mit der derzeitigen Ausgestaltung der Datenschutzaufsicht die Voraussetzungen der völligen Unabhängigkeit der Kontrollstellen nicht erfüllt hat.¹⁶ Nicht von ungefähr ist bezüg-

lich der Unabhängigkeit an die richterliche Unabhängigkeit zu denken.¹⁷ So hatte vor nicht allzu langer Zeit ein EU-Beitrittsstaat die Frage aufgeworfen, wie viele Richter bei einer Datenschutzbehörde in Deutschland arbeiten. In Deutschland fehlt es aber an der völligen Unabhängigkeit der dritten Gewalt. Sie ist bisher ebenso Teil der Exekutive, wie insbesondere die Aufsichtsbehörden für den nicht-öffentlichen Bereich. Aber auch der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit ist organisatorisch dem Bundesministerium des Innern zugeordnet. Unabhängigkeit bedeutet aber gerade nicht nur die Unabhängigkeit von dem zu Überprüfenden, sondern auch gegenüber dem Parlament (der Legislative) und der Regierung (der Exekutive).

Eine völlige Unabhängigkeit einer Kontrollinstanz ist der deutschen Rechtspraxis, die grundsätzlich von der Notwendigkeit einer „Regierungsverantwortung“ ausgeht, nicht gänzlich fremd. Auch nach deutschem Verfassungsrecht gibt es Bereiche eines ministerialfreien Raumes. Er ist z.B. bei den Rechnungshöfen des Bundes und der Länder angesiedelt.¹⁸

Nach den Gesetzen über die Rechnungshöfe sind diese eine oberste Behörde und ein unabhängiges Organ der (Finanz-) Kontrolle und nur dem Gesetz unterworfen. Die Mitglieder des Rechnungshofes besitzen die richterliche Unabhängigkeit, wobei die Vorschriften des Richtergesetzes Anwendung finden und die Richterdienstgerichte zuständig sind.¹⁹ Mithin finden wir hier die vollständige Unabhängigkeit, wie sie der EuGH in seiner Entscheidung versteht.

Die Möglichkeit der äußeren Einflussnahme durch Dritte ist bei einer Regelung wie den Regelungen über die Rechnungshöfe, die sogar auch über ein eigenes Budgetrecht und über eine eigenständige Personalverantwortung verfügen, nicht gegeben.²⁰ Der Kontakt zu Parlament und Re-

gierung ist aber vorhanden und die richterliche Unabhängigkeit wird gewährleistet.²¹ So können gegen den Präsidenten Disziplinarmaßnahmen nur in einem gerichtlichen Disziplinarverfahren verhängt werden.²² Der Präsident leitet die Verwaltung und übt die Dienstaufsicht aus. Eine solche Regelung wurde in Schleswig-Holstein durch die Bestimmung einer Anstalt des öffentlichen Rechts nur im Ansatz erreicht;²³ denn verkannt wurde bei dieser Regelung, dass eine Anstalt des öffentlichen Rechts immer einen Träger hat und damit einer Aufsicht unterliegt.²⁴ Insofern erscheint das „Anstaltsmodell“ in dieser Form nicht geeignet.

Daher sind §§ 22 f. BDSG so zu ändern, dass der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) eine eigenständige oberste Bundesbehörde wird, die unabhängig als Kontrollstelle bei der Überwachung der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften nur dem Gesetz unterworfen ist. Dem BfDI ist ein eigenes gegenüber dem Bundestag geltend zu machendes Budgetrecht einzuräumen. Auf diese Weise wird für die Öffentlichkeit auch deutlich, was der Legislative als politisch verantwortlichem Organ die Beachtung der datenschutzrechtlichen Vorgaben und die Wahrung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wert ist. Ggf. ist bei schwieriger Haushaltslage auch eine Refinanzierungsmöglichkeit durch Vereinnahmung von Bußgeldern aufzunehmen.²⁵ Dem BfDI ist die Personalzustän-

chenden Gewalt; er ist auch der „Dienstherr“ der Richter.

21 So verfügt der Hessische Rechnungshof neben dem hessischen Landtag über eine eigenständige unabhängige EDV, während die Gerichte von der zur Landesverwaltung gehörenden HZD (Finanzministerium) betreut und „verwaltet“ werden. Siehe dazu Schild, Automatisierte Datenverarbeitung in der Hessischen Justiz – unter Berücksichtigung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Datenverarbeitungsverbundgesetzes vom 4.12.2006, JurPC, Web-Dok. 155/2007, Abs. 1-19.

22 Vgl. § 5 Abs. 3 Gesetz über den Hessischen Rechnungshof.

23 Siehe insoweit §§ 32 ff. LDSG Schleswig-Holstein. Jedoch kann der Ministerpräsident nicht der Dienstvorgesetzte sein, so dass § 35 LDSG Schleswig-Holstein zu ändern wäre.

24 Nach derzeitiger Regelung ist der Ministerpräsident der Vorgesetzte des Landesbeauftragten für den Datenschutz, § 32 Abs. 1 LDSG Schleswig-Holstein. Das Innenministerium übt die Rechtsaufsicht im nicht-öffentlichen Bereich aus, § 35 Abs. 5 Satz 1 LDSG Schleswig-Holstein.

25 So sind die Bußgelder wesentliche Einnahmequelle der Spanischen Aufsichtsbehörde, welche sich auf diese Art und Weise finanziert.

(Eisenbahn Bundesamt usw.). Auch verarbeitet das Bundesverwaltungsamt rechtswidrig Personaldateien von Beamten des BKA, siehe VG Wiesbaden, Urteil vom 12.08.2008, Az. 6 K 605/08, bestätigend Urteil vom 09.02.2010, Az. 6 K 1300/09. Auf Landes- und Kommunalebene lassen sich ebenfalls genügend Beispiele finden.

15 So EuGH, Urteil vom 09.03.2010, Az. C-118/07, Rdnrn. 21-25.

16 EuGH, Urteil vom 09.03.2010, Az. C-118/07, Rdnr. 56. Siehe auch Petri/Tinnefeld zu dem Urteil des EuGH vom 09.03.2010, MMR 2010, 355 ff.

17 Zur Unabhängigkeit im Sinne der richterlichen Unabhängigkeit siehe auch Petri/Tinnefeld zu dem Urteil des EuGH vom 09.03.2010, MMR 2010, 355 f.

18 Siehe nur Gesetz über den Hessischen Rechnungshof vom 18.06.1986, GVBl. I S. 157, zuletzt geändert durch Gesetz vom 05.03.2009, GVBl. I S. 95,102; Gesetz über den Bundesrechnungshof vom 11.07.1985, BGBl. I S. 1445, zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 82 des Gesetzes vom 05.02.2009, BGBl. I S. 160.

19 Vgl. § 5 Gesetz über den Hessischen Rechnungshof, § 3 Abs. 4 Gesetz über den Bundesrechnungshof.

20 Im Bereich der Justiz vertritt hingegen immer noch der Justizminister den Haushalt der rechtspre-

digkeit (Dienstherreneigenschaft) und somit die Dienstaufsicht über seine Beschäftigten einzuräumen und es ist, wie bei jeder Kontrollinstanz, für eine entsprechende Personalausstattung zu sorgen. Dem Bundesbeauftragten ist, wie auch den Mitgliedern der „Behörde BfDI“, die richterliche Unabhängigkeit zu gewähren und insoweit das Richterrecht entsprechend für anwendbar zu erklären. Gegen den Bundesbeauftragten als „Behördenleiter“ dürfen Disziplinarmaßnahmen nur in einem gerichtlichen Disziplinarverfahren verhängt werden. Insoweit hat zwingend eine vollständige Abkoppelung vom Bundesministerium des Innern zu erfolgen.

Die hier geltend gemachten Mindestvoraussetzungen sind auch in den jeweiligen Landesdatenschutzgesetzen bezüglich der dort geregelten Landesdatenschutzbeauftragten aufzunehmen.²⁶

Soll die Kontrollbehörde richtig arbeiten können, bedarf sie auch einer ausreichenden Personal- und Sachausstattung, die sich über ein ausreichendes, vom Parlament bereitzustellendes Budget auszudrücken hat. Andernfalls würde man zwar formell eine unabhängige Kontrollinstanz schaffen, die europarechtlichen Vorgaben jedoch durch fehlende finanzielle Mittel untergraben und ein neues Vertragsverletzungsverfahren heraufbeschwören.

5 Befugnisse der Kontrollstellen

Wenn ein Bundesland – wie Hessen – sich als Konzern betrachtet, aber nicht berücksichtigt, dass es keine datenschutzrechtlichen Sonderregelungen für Konzerne gibt, so wäre es nur konsequent, wenn dieses Land bzw. seine Behörden bei einem rechtswidrigen Umgang mit personenbezogenen Daten genauso behandelt werden wie ein echter Konzern. Insoweit genügt nicht nur eine Kontroll- und Beanstandungsmöglichkeit, sondern es bedarf „wirksamer Einwirkungsbefugnisse“ wie der Befugnis, die Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder das vorläufige oder endgültige Verbot der

²⁶ Im Hinblick auf Art. 33 GG sollte auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht vergessen werden, dass die Besetzung der Stelle eines Bundes- oder Landesdatenschutzbeauftragten nur auf Grund einer öffentlichen Ausschreibung erfolgen darf – was gerade von den bisher meist zuständigen Staatskanzleien gerne vergessen wird.

Verarbeitung anzuordnen, auch im öffentlichen Bereich.²⁷ Dies gilt auch für die Bundesverwaltung. Insoweit sind §§ 24 ff. BDSG bezüglich der Instrumente des BfDI nicht ausreichend und die Normen um die Instrumente zu ergänzen, über die die Kontrollstellen nach der EG-DS-RiLi *insbesondere zu verfügen* haben. Gleiches gilt selbstverständlich für die einzelnen Datenschutzgesetze der Länder.

Die Befugnisse, die nach der EG-DS-RiLi auch bezüglich der Kontrolle der Behörden zu schaffen sind, sind selbstverständlich auch gegenüber den so genannten nicht-öffentlichen Stellen zu regeln. Damit ist auch § 38 BDSG, der die EG-DS-RiLi bisher nur halbherzig umsetzt, vollständig zu novellieren. Dazu zählt zum einen, die neu zu schaffenden Instrumente für den öffentlichen Bereich (soweit nicht bereits geregelt) auf den nicht-öffentlichen Bereich zu übertragen, zum anderen aber auch die Befassung des zuständigen Parlaments.

Es genügt nicht, dass Kontrollbehörden spätestens alle zwei Jahre einen Tätigkeitsbericht fertigen und diesen – was bisher im nicht-öffentlichen Bereich nicht in allen Ländern passiert – dem jeweiligen Landtag vorlegen. Denn für den nicht-öffentlichen Bereich in Bezug auf das BDSG oder sonstige bereichsspezifische Regelungen (TKG, TMG usw.) sind nicht die Landtage zuständig, sondern der Deutsche Bundestag. Insoweit ist sicherzustellen, dass das jeweilige auch sachlich zuständige Parlament²⁸ einen Bericht erhält und sich ggf. aus aktuellem Anlass mit einem Problem befasst. Dies ist bei der Problematik des föderalen Gesetzesvollzuges ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung im Bundesdatenschutzgesetz derzeit nicht möglich. Zwar kann der BfDI Probleme, die die Kontrollbehörden der Länder anmahnen, von sich aus in seinem Tätigkeitsbericht oder seinen Stellungnahmen einbeziehen, er muss dies aber nicht. Die in der Richtlinie vorgegebene Möglichkeit, „die Parlamente oder andere Institutionen zu befassen“ (Art. 28 Abs. 3 2. Spiegelstrich letzter Teil EG-DS-RiLi) bedarf aber konsequenterweise entweder einer direkten Zugangseröffnung der Kontrollstellen an den Deutschen Bundestag oder einer zwingenden Zugangseröffnung über

²⁷ Siehe Art. 28 Abs. 3 zweiter Spiegelstrich EG-DS-RiLi.

²⁸ Bezüglich der Personal- und Sachausstattung wäre es der jeweilige Landtag bzw. beim BfD der Deutsche Bundestag.

den BfDI. Denn nur so ist sichergestellt, dass das zuständige und für das Bundesdatenschutzgesetz verantwortliche Parlament gesetzgeberischen Nachbesserungs- und Handlungsbedarf erfährt und eine Behandlung bei der sachlich zuständigen parlamentarischen Institution auch wirklich erfolgen kann.²⁹

6 Exkurs

Der behördliche und betriebliche Datenschutzbeauftragte

Im Rahmen der Subsidiarität hat Deutschland von der Möglichkeit der EG-DS-RiLi Gebrauch gemacht und den behördlichen bzw. betrieblichen Datenschutzbeauftragten geschaffen, an den die Meldungen – statt an die Kontrollbehörde – nach Art. 18 f. EG-DS-RiLi erfolgen. Er führt auch die Vorabkontrollen (Art. 20 EG-DS-RiLi) durch. Eine solche Regelung ist möglich, wenn der für die Verarbeitung Verantwortliche einen Datenschutzbeauftragten bestellt, dem „die unabhängige Überwachung der Anwendung der zur Umsetzung der Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Bestimmungen“ obliegt (Art. 18 Abs. 2 2. Spiegelstrich EG-DS-RiLi). Unter dem unabhängigen behördlichen und betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist die Person zu verstehen, die ihre Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit ausüben können muss.³⁰

Nach der nunmehrigen Entscheidung des EuGH und der damit verbundenen Klarstellung, was unter „vollständiger Unabhängigkeit“ zu verstehen ist, bedarf es sowohl bei § 4 f BDSG, als auch bei den einzelnen Landesdatenschutzgesetzen einer erheblichen Änderung der bisherigen Normen. Denn eine Person, die nur die Funktion des Datenschutzbeauftragten in der Form eines „Feigenblattes“ wahrnimmt, verfügt nicht über die von der EG-DS-RiLi geforderte Unabhängigkeit. So wurde z.B. in Hessen zwar eine neue Verordnung über die Verarbei-

²⁹ So sind auch alle Tätigkeitsberichte der Landeskontrollstellen, soweit sie den von der Gesetzgebungskompetenz des Deutschen Bundestages erfassten nicht-öffentlichen Bereich betreffen, als Bundestagsdrucksache zu veröffentlichen.

³⁰ Erwägungsgrund Nr. 49, ABl. EG Nr. L 281, S. 31, 36. Siehe dazu auch vertiefend Schild, Die mangelnde vollständige Unabhängigkeit des behördlichen Datenschutzbeauftragten im Vollzuge des Hessischen Datenschutzgesetzes und die möglichen Folgen, JurPC, Web-Dok. 184/2002, Abs. 1-29.

tung personenbezogener Daten in Schulen und statistische Erhebungen an Schulen vom 04.02.2009 erlassen und dem Lehrer, der zum behördlichen Datenschutzbeauftragten bestellt wird, eine Vielzahl von Aufgaben übertragen. Eine entsprechende Reduzierung seiner Pflichtstunden erfolgte auch durch die Zweite Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Pflichtstunden der Lehrkräfte, über die Anrechnung dienstlicher Tätigkeiten und über Pflichtstundenermäßigungen (Pflichtstundenverordnung) vom 29. Januar 2010 jedoch bis heute nicht. Damit ist im negativen Sinne sichergestellt, dass den jeweiligen behördlichen Datenschutzbeauftragten in der Schule keine oder nur ganz wenig Zeit zur Verfügung steht und damit der Schutz der Rechte und Freiheiten der Betroffenen, deren personenbezogene Daten in der Schule verarbeitet werden, gerade nicht sichergestellt wird.³¹

Dies hat zur Folge, dass die unabhängige Überwachung der Anwendung der zur Umsetzung der Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Bestimmungen nicht mög-

lich ist und ein interner Datenschutzbeauftragter nicht wirksam bestellt wurde. Dies hat weiter zur Folge, dass die Meldungen an die Landesdatenschutzbeauftragten als Kontrollbehörden zu erfolgen haben und diese für die Vorabkontrolle und alles Weitere zuständig sind. Damit bedarf es aber auch einer erheblichen Personalaufstockung der Kontrollbehörden bei den Ländern, da das Beispiel aus dem Schulbereich sich auf fast alle Behörden erstrecken lässt. Was für die Behörden gilt, gilt auch für eine Vielzahl von Unternehmen im nicht-öffentlichen Bereich.³²

Will man den Grundsatz der Subsidiarität erhalten und die Bürokratie nicht weiter aufblähen, so bedarf es entsprechender gesetzlicher Leitlinien, die die Unabhängigkeit des behördlichen oder betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht nur im zeitlichen Rahmen wirklich sicherstellen.

7 Ergebnis

Mit seinem Urteil vom 09.03.2010 zur Unabhängigkeit der Kontrollstellen im nicht-

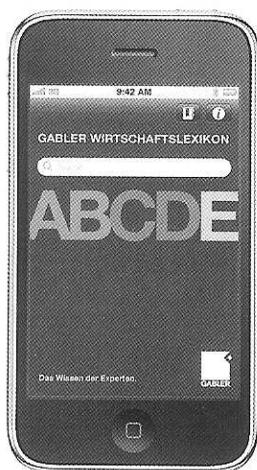
öffentlichen Bereich hat der EuGH auch Pflöcke gesetzt, die im öffentlichen Bereich wie auch bei den betrieblichen und behördlichen Datenschutzbeauftragten zu beachten sind. Dies mit der Folge, dass der Bund und die Länder einen erheblichen Novellierungsbedarf haben, der – wenn man nicht empfindliche Strafzahlungen vermeiden will – alsbald anzugehen ist.

Nicht nur die Landesgesetzgeber, sondern auch der Bundesgesetzgeber ist gefordert. Das Bundesinnenministerium als zuständiges Ressortministerium sollte neben den anstehenden Überlegungen zu einem Arbeitnehmerdatenschutz auch die Regelungen zum BfDI und insbesondere § 38 BDSG in den Änderungsfokus nehmen. Dabei erscheint es mehr als sinnvoll und wünschenswert, wenn der Bund vorbildhaft – auch für die Länder – die notwendigen Regelungen im Sinne einer „Unabhängigen Kontrollbehörde“ entsprechend dem EuGH-Urteil alsbald schafft. Denn nur bei einem gemeinsamen Vorgehen ist ein hohes Niveau des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu schaffen und wird dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG genüge getan.

³¹ Erwägungsgrund Nr. 49, ABl. EG Nr. L 281, S. 31, 36. Zur Problematik genügender Verfügungsstunden im Schulbetrieb allgemein siehe Hess. VGH, Urteil vom 20.05.2010, Az. 1 A 1686/09 – nicht rechtskräftig.

³² „Unternehmen vernachlässigen Datenschutz“, Handelsblatt vom 27.04.2010, S. 24.

Das neue Gabler Wirtschaftslexikon. Jetzt auch für Ihr iPhone.



Das Wissen der Experten jederzeit auf Ihrem iPhone. Ab sofort im App Store.



Über 25.000 Stichworte online abrufbar unter www.wirtschaftslexikon.gabler.de



Erhältlich als 8-bändige Taschenbuchausgabe im Handel oder unter www.gabler.de

Gabler Wirtschaftslexikon: Qualitätsgeprüftes Wirtschaftswissen von mehr als 150 renommierten Experten aus Wissenschaft und Praxis.



einen raschen Abschluss der Arbeiten wünschen. Wir beteiligen uns aktiv an den Beratungen. Ich sage nur: die Qualität muss stimmen.

Dazu gehört auch, sich stark auf das zu konzentrieren, was auf Europäischer Ebene unbedingt geregelt werden muss - nämlich Google, Facebook und Co. Ein „One-Size-Fits-All“-Modell kann dem schnellen Abschluss der Verhandlungen in Brüssel entgegenstehen. Die Datenschutzbeauftragten in Deutschland werden sich vermutlich schwer tun, die zum Teil deutlich strengeren und differenzierteren Datenschutzbestimmungen im öffentlichen Bereich einer Vollharmonisierung zu opfern.

Das alles ist nicht unlösbar. Wir können auch nicht verlangen, dass sich die ganze Europäische Union nach unserem Datenschutzrecht ausrichtet. Aber es braucht eben etwas mehr konkrete Arbeit an Texten und damit etwas mehr Zeit.

Aber nicht nur international sehe ich Handlungsbedarf. Wichtige Themen bei uns sind die Ausgestaltung der Unabhängigkeit der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Zusammenarbeit der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden untereinander. Ich

würde mich freuen, wenn hierzu gemeinsame Vorschläge entwickelt werden könnten.

Ich gehe davon aus, dass es auch künftig zwischen der Datenschutzbundesbeauftragten und den Bundesbehörden Meinungsunterschiede hinsichtlich der Auslegung von Regelungen des Datenschutzes oder der Ausnahmetatbestände des Informationsfreiheitsgesetzes geben wird. Angesichts der unterschiedlichen Interessenlagen werden auch mögliche Überlegungen für eine Weiterentwicklung dieser Rechtsbereiche kontrovers verlaufen.

Aber wie bereits gesagt: Es gehört zur Arbeit einer Kontrollstelle, kritisch und unabhängig zu beurteilen, was sie im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit vorfindet.

Im demokratischen Rechtsstaat ist die gegenseitige Achtung vor der jeweiligen Funktion ein hohes Gut, das es zu wahren gilt. Unser Staatswesen baut darauf auf. Diese Balance ist umso fruchtbarer, je unaufgeregter sie praktiziert wird. Dazu sollten wir alle gemeinsam beitragen.

Sehr geehrte Frau Voßhoff, ich freue mich auf eine konstruktive Zusammenarbeit.

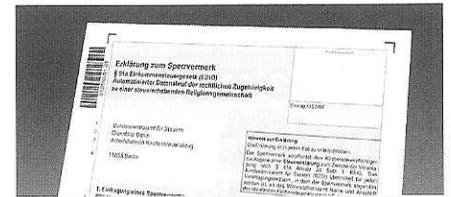
Hans-Hermann Schild

Zur Bestellung der Bundesbeauftragten/des Bundesbeauftragten für den Datenschutz: Vergleich und Plädoyer

Am 17.12.2013 meldete die Presse, dass die bisherige Bundestagsabgeordnete Andrea Voßhoff als Nachfolgerin von Peter Schaar in das Amt des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit gewählt werden solle.¹ Nach den letzten Erfahrungen mit Berufungen beim Bund, aber auch mit Ausschreibungen in den Bundesländern², wurden Personen benannt und gewählt, die zumindest in

der „Community des Datenschutzes“ bekannt waren. Bei der neuen Bundesbeauftragten handelt es sich nun um eine Person, welche bisher mit der Thematik vollkommen unbefasst und somit unbekannt war³, also „ein unbeschriebenes Blatt“, wie Ex-Bundesinnenminister Gerhart Baum zitiert wurde.⁴

Am 28.01.2014 konnte man lesen, dass Peter Hustinx – anders als in Deutschland – kommissarisch noch bis



Beantragung eines Sperrvermerks

Der Kirchensteuerabzug für Kapitalerträge soll im Regelfall ab 2015 automatisiert über die Kreditinstitute erfolgen. Dazu werden diese durch ein elektronisches Abrufverfahren die Religionszugehörigkeit ihrer Sparrer beim Bundeszentralamt erfahren.

Wer nicht wünscht, dass Banken, Versicherungen und Fondsgesellschaften die Religionszugehörigkeit kennen, kann dies durch einen Sperrvermerk beim Bundeszentralamt verhindern. Die eventuelle anfallende Kirchensteuer wird dann wie bisher im Rahmen der Einkommenssteuererklärung abgeführt.

Das Formular, das mit der Post geschickt werden muss, findet man hier: <http://www.formulare-bfinv.de/ffw/action/invoke.do?id=010156>

Mitte Oktober EU-Datenschutzbeauftragter bleiben würde, obwohl seine zweite und letzte Amtszeit am 16. Januar auslief.⁵ Grund dafür sei, dass sich die Suche nach einem Nachfolger schwierig gestaltete, da das zuständige Ausschussmitglied der Kommission kurz vor dem geplanten Ausscheiden des Amtsinhabers alle bisherigen Personalvorschläge für einen neuen Datenschutzbeauftragten abgelehnt habe. Zur Begründung

hieß es außerdem, dass es den Bewerbern, unter denen unter anderem Leiter und Vizechefs einschlagiger Aufsichtsbehörden in Finnland, Polen, Österreich und Ungarn waren, an „Management-Erfahrung“ mangle.⁶

In Deutschland hingegen fand eine Ausschreibung durch das Bundesministerium des Innern erst gar nicht statt. Vielmehr unterbreitete das Kabinett dem Deutschen Bundestag den Wahlvorschlag, ohne dass irgendeine öffentliche Erklärung zu dem Anforderungsprofil an das Amt bekannt wurde. Demgegenüber hatte die Europäische Kommission die Stelle des Europäischen Datenschutzbeauftragten vom Amtsblatt am 31. Juli 2013⁷ mit einem dezidierten Anforderungsprofil ausgeschrieben. Dies ging so weit, dass als Zulassungsbedingung für eine Bewerbung u.a. eine fünfzehnjährige Berufserfahrung und davon wiederum mindestens fünf Jahre in einer höheren Führungsposition gefordert wurde, bei der die Zahl der unterstellten Mitarbeiter, die Höhe des verwalteten Etas und der Platz der Hierarchie anzugeben waren.⁸ Hierdurch wurde nicht nur ein Anforderungsprofil für das Amt festgelegt, sondern darüber hinaus eine Zugangshürde aufgebaut, die mit der Qualifikation und dem Amt nur wenig zu tun haben. Nach den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Beamtenrechts hätten diese hohen „Zulassungsbedingungen“, um sich überhaupt bewerben zu können, allenfalls zu den Hilfskriterien gehören können, die bei gleicher Qualifikation von Bewerbern zur endgültigen Auswahl herangezogen werden sollen.

Damit hat die Europäische Kommission zwar eine Ausschreibung durchgeführt und ein abgebrochenes Auswahlverfahren herbeigeführt, aber zugleich Zulassungshürden aufgebaut, die dem Amte und den eigentlichen Anforderungen an die erforderliche Qualifikation nicht gerecht wurden. Andererseits hätten das Bundesministerium des Innern und das Bundeskabinett erkennen müssen, dass nach der europäischen Datenschutzrichtlinie und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes „Kontrollstellen“ zu schaffen sind, die ihre Aufgaben nicht nur „in völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen⁹, sondern sich die damit erforderliche Stellenaus-

schreibung auch an Art. 33 GG zu orientieren hat.¹⁰ Handelt es sich doch und gerade bei der derzeitigen Konstruktion der „Behörde Bundesbeauftragter für den Datenschutz“ im weitesten Sinne um eine „Abteilung“ des Bundesinnenministeriums.

Die Problematik der fehlenden Unabhängigkeit scheint der nunmehrige Innenminister Dr. Thomas de Maizière nach seiner Rede zur Einführung der „Neuen“ und Verabschiedung des „Alten“ am 4. Februar 2014 erkannt zu haben. Nicht erkannt wurde jedoch, dass nach Art. 33 Abs. 2 GG jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte hat. Da es sich vorliegend um kein politisches Amt handelt - auch wenn Fragen zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung immer im hohen Maße politisch sind - hätte hier nach den ganz allgemeinen Grundsätzen des Beamtenrechts eine Ausschreibung mit einem qualifiziertem Anforderungsprofil erfolgen müssen, wie bei jedem anderen Behördenleiter auch. Wenn aber ein Bundesministerium und der Bundesminister Selbstverständlichkeiten „vergessen“, müssen diese bei der anstehenden Gesetzesänderung mit der die Unabhängigkeit der „Kontrollstelle“ erreicht werden soll, ebenfalls mit aufgenommen werden.¹¹

Über das letztendlich zu bestimmende Anforderungsprofil ließe sich jedoch ebenfalls streiten, es sei denn, es wird an der Aufgabe des Amtes so fixiert, wie dies die Kommission in ihrer Ausschreibung vollzogen hatte.¹² Ob im Anforderungsprofil auch die Stellung und Funktion eines Richters oder aber die Befähigung zum Richteramt gefordert werden muss, sei vorliegend dahin gestellt. Zumindest sollte die Frage aus einem der letzten Beitrittsstaaten in die Europäische Union an deutsche Datenschutzvertreter doch zu denken geben: wie viele Richter denn Datenschutzbeauftragte bzw. Mitarbeiter eines Landes-/Bundesdatenschutzbeauftragten seien.¹³

1 Andrea Voßhoff soll Bundesdatenschutzbeauftragte werden tagesschau.de_-_2013-12-18-15.30.35.html.

2 Auch wenn, wie vorliegend, die Person der/des Datenschutzbeauftragten vom Parlament gewählt wird.

- 3 Was aber vorliegend auch bedeutet, dass jemand in seinem neuen Amte wachsen kann. O-Ton des Bundesinnenministers: „Eine hervorragende Juristin“.
- 4 Andrea Voßhoff soll Bundesdatenschutzbeauftragte werden: <http://www.tagesschau.de/inland/datenschutz314.html>
- 5 <http://www.heise.de/newsticker/meldung/EU-Datenschutzbeauftragter-bleibt-kommissarisch-bis-zum-Herbst-2098616.html>.
- 6 <http://www.heise.de/newsticker/meldung/EU-Datenschutzbeauftragter-bleibt-kommissarisch-bis-zum-Herbst-2098616.html>.
- 7 ABl. C 219 A/1.
- 8 ABl. C 219 A/3 „Zulassungsbedingungen“.
- 9 Urteil der großen Kammer des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 09.03.20107, Az. C-518/07; DuD 2010, 335 ff.; Urteil des Gerichtshofes (Große Kammer) vom 16. Oktober 2012, Az. C-614/10.
- 10 Siehe dazu Fn. 26 bei Schild, Die völlige Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden aus europarechtlicher Sicht – zugleich Überlegungen, die bestehende Vertragsverletzung im Bereich der Kontrollbehörden nach Art. 28 EG-DS-RiLi der Bundesrepublik Deutschland endlich zu beenden, DuD 2010, S. 549 ff.
- 11 Zum Wunsche des Ministers nach Änderungsvorschlägen sei der Einfachheit halber auf den Beitrag von Schild, Die völlige Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden aus europarechtlicher Sicht – zugleich Überlegungen, die bestehende Vertragsverletzung im Bereich der Kontrollbehörden nach Art. 28 EG-DS-RiLi der Bundesrepublik Deutschland endlich zu beenden, DuD 2010, S. 549 ff., verwiesen.
- 12 „Der Datenschutzbeauftragte und sein Stellvertreter nehmen u.a. folgende Aufgaben wahr“.
- 13 Die Frage wurde wohl tatsächlich so gestellt und ist im Lichte von Art. 47 der Charta der Grundrechte, wonach Rechtsschutz von einem „unabhängigen Gericht“ zu gewähren ist, durchaus zu hinterfragen. Zumindest ist die Besoldung des Europäischen Datenschutzbeauftragten an die eines Richters am Gerichtshof der Europäischen Union gleichgestellt.