



## Wortprotokoll der 30. Sitzung

### **Innenausschuss**

Berlin, den 1. Dezember 2014, 12:00 Uhr  
10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1  
Paul-Löbe-Haus, Raum 2 300

Vorsitz: Wolfgang Bosbach, MdB

## Öffentliche Anhörung

Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung  
des Bundesdatenschutzgesetzes - Stärkung der  
Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im  
Bund durch Errichtung einer obersten  
Bundesbehörde**

**BT-Drucksache 18/2848**

Ausschussdrucksachen 18(4)154, 18(4)178,  
18(4)193, 18(4)205 A-F

**Federführend:**  
Innenausschuss

**Mitberatend:**  
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz  
Ausschuss Digitale Agenda  
Haushaltsausschuss

**Gutachtlich:**  
Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

**Berichterstatter/in:**  
Abg. Stephan Mayer (Altötting) [CDU/CSU]  
Abg. Gerold Reichenbach [SPD]  
Abg. Jan Korte [DIE LINKE.]  
Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



## Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
I. Anwesenheitslisten	3
II. Sachverständigenliste	8
III. Sprechregister der Sachverständigen und Abgeordneten	9
IV. Wortprotokoll der Öffentlichen Anhörung	10
V. Anlagen	36

### Schriftliche Stellungnahmen der Sachverständigen

Prof. Dr. Alexander Roßnagel	Ausschussdrucksache 18(4)205 A
Hans-Hermann Schild	Ausschussdrucksache 18(4)205 B
Prof. Dr. Klaus Gärditz	Ausschussdrucksache 18(4)205 C
Prof. Dr. Dirk Heckmann	Ausschussdrucksache 18(4)205 D
Andrea Voßhoff	Ausschussdrucksache 18(4)205 E
	Ausschussdrucksache 18(4)178
	sowie Schreiben vom 03.12.2014
Prof. Dr. Hartmut Aden	Ausschussdrucksache 18(4)205 F



Tagungsbüro



Deutscher Bundestag

**Sitzung des Ausschusses Nr. 04 (Innenausschuss)**

Montag, 1. Dezember 2014, 12.00 Uhr

**Anwesenheitsliste**

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
<u>CDU/CSU</u>		<u>CDU/CSU</u>	
Baumann, Günter	.....	Albsteiger, Katrin	.....
Berghegger Dr., Andre	.....	Brähmig, Klaus	.....
Binninger, Clemens	.....	Fabritius Dr., Bernd	.....
Bosbach, Wolfgang	.....	Feiler, Uwe	.....
Brandt, Helmut	.....	Giousouf, Cemile	.....
Frieser, Michael	.....	Gröhler, Klaus-Dieter	.....
Hellmuth, Jörg	.....	Hauer, Matthias	.....
Lindholz, Andrea	.....	Heck Dr., Stefan	.....
Mayer (Altötting), Stephan	.....	Lach, Günter	.....
Ostermann Dr., Tim	.....	Liebing, Ingbert	.....
Schäfer (Saalstadt), Anita	.....	Luczak Dr., Jan-Marco	.....
Schuster (Weil am Rhein), Armin	.....	Monstadt, Dietrich	.....
Steinbach, Erika	.....	Seif, Detlef	.....
Veith, Oswin	.....	Sensburg Dr., Patrick	.....
Warken, Nina	.....	Strobl (Heilbronn), Thomas	.....
Wendt, Marian	.....	Ullrich Dr., Volker	.....
Woltmann, Barbara	.....	Wellenreuther, Ingo	.....
Zertik, Heinrich	.....	Wittke, Oliver	.....

Stand: 28. November 2014  
 Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste - Luisenstr. 32-34 Tel.030227-32659 Fax: 030227-36339



Tagungsbüro

Seite 2

**Sitzung des Ausschusses Nr. 04 (Innenausschuss)**

Montag, 1. Dezember 2014, 12.00 Uhr

**Anwesenheitsliste**

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

<b>Ordentliche Mitglieder des Ausschusses</b>	<b>Unterschrift</b>	<b>Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses</b>	<b>Unterschrift</b>
<b><u>SPD</u></b>		<b><u>SPD</u></b>	
Castellucci Dr., Lars	.....	Fechner Dr., Johannes	.....
Fograscher, Gabriele	.....	Gerster, Martin	.....
Grötsch, Uli	.....	Heidenblut, Dirk	.....
Gunkel, Wolfgang	.....	Högl Dr., Eva	.....
Kampmann, Christina	.....	Juratovic, Josip	.....
Lischka, Burkhard	.....	Kolbe, Daniela	.....
Mittag, Susanne	.....	Lühmann, Kirsten	.....
Özdemir (Duisburg), Mahmet	.....	Poschmann, Sabine	.....
Reichenbach, Gerold	.....	Rix, Sönke	.....
Schmidt (Berlin), Matthias	.....	Spinrath, Norbert	.....
Veit, Rüdiger	.....	Yüksel, Gülistan	.....
<b><u>DIE LINKE.</u></b>		<b><u>DIE LINKE.</u></b>	
Jelpke, Ulla	.....	Dagdelen, Sevim	.....
Korte, Jan	.....	Hahn Dr., Andre	.....
Renner, Martina	.....	Karawanskij, Susanna	.....
Tempel, Frank	.....	Pau, Petra	.....
<b><u>BÜ90/GR</u></b>		<b><u>BÜ90/GR</u></b>	
Amtsberg, Luise	.....	Haßelmann, Britta	.....
Beck (Köln), Volker	.....	Künast, Renate	.....
Mihalic, Irene	.....	Lazar, Monika	.....
Notz Dr., Konstantin von	.....	Mutlu, Özcan	.....

Stand: 28. November 2014

Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste - Luisenstr. 32-34 Tel.030227-32659 Fax: 030227-36339



Montag, 1. Dezember 2014, 12.00 Uhr

Ministerium bzw. Dienststelle (bitte Druckschrift)	Name (bitte Druckschrift)	Dienststellung (bitte nicht abgekürzt)	Unterschrift
CFDI	Heyn	PL	Heyn
BfDI	Deinhardt	Kol.	Deinhardt
BfDI	J. Müller	OK2	J. Müller
BfDI	Gehold	LB	Gehold
BfDI	Vob	Ref'n	Vob
BfDI	v. Kroschok	AL	v. Kroschok

Bundesrat: (bitte Druckschrift)	Unterschrift	Dienststellung (bitte nicht abgekürzt)	Land
Kühne	Kühne	PR in	SN
Sachs Wilkens	A. Wilkens	MR	LSA
Delmott	Delmott	ORR in	BW
Weiner	Weiner	ORR in	NI



**Anwesenheitsliste für Abgeordnete mitberatender Ausschüsse**  
**Öffentliche Anhörung des Innenausschusses am Montag, 1. Dezember 2014**  
**Bundesdatenschutzgesetz**

Name  
(bitte in Druckschrift)

Unterschrift

Michelle Mühlhölting  
Christian Fuchs  
Saskia Eske



04

**Innenausschuss (04)**

**Montag, 1. Dezember 2014, 12.00 Uhr**

**Fraktionsvorsitzende:**

**Vertreter:**

CDU/ CSU

SPD

DIE LINKE.

BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN

**Fraktionsmitarbeiter:**

**Fraktion:**

**Unterschrift:**

(Name bitte in Druckschrift)

HINZE

CDU/CSU

J. Hinze

Nein Ziel

Sozial

Wesol

T. 25604

Böckler

Roth

SINNOLOT

SPD

[Signature]



---

## Liste der Sachverständigen

Öffentliche Anhörung am Montag, 1. Dezember 2014, 12.00 Uhr

---

**Prof. Dr. Hartmut Aden**

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

**Prof. Dr. Klaus Gärditz**

Universität Bonn  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht

**Prof. Dr. Dr. Hansjürgen Garstka**

Humboldt-Universität zu Berlin  
Juristische Fakultät

**Prof. Dr. Dirk Heckmann**

Universität Passau  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht

**Prof. Dr. Alexander Roßnagel**

Universität Kassel  
Institut für Wirtschaftsrecht

**Hans-Hermann Schild**

Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Wiesbaden

**Andrea Voßhoff**

Bundesbeauftragte für den Datenschutz  
und die Informationsfreiheit





## Sprechregister der Sachverständigen und Abgeordneten

<u>Sachverständige</u>	<u>Seite</u>
Prof. Dr. Hartmut Aden	10, 27, 3
Prof. Dr. Klaus Gärditz	11, 20
Prof. Dr. Dr. Hansjürgen Garstka	13, 28
Prof. Dr. Dirk Heckmann	14, 21, 25, 31, 33
Prof. Dr. Alexander Roßnagel	16, 25, 32, 33, 34
Hans-Hermann Schild	16, 26, 32
Andrea Voßhoff	18, 23, 28, 32, 33, 34
<u>Abgeordnete</u>	
Vors. Wolfgang Bosbach (CDU/CSU)	10, 11, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 23 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35
BE Stephan Mayer (Altötting) (CDU/CSU):	19
BE Gerold Reichenbach (SPD)	23
BE Jan Korte (DIE LINKE.)	26
BE Dr. Konstantin von Notz (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	30, 31, 34
Abg. Barbara Woltmann (CDU/CSU)	33
Abg. Michelle Müntefering (SPD)	33



Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes - Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde**

**BT-Drucksache 18/2848**

Ausschussdrucksachen 18(4)154, 18(4)178, 18(4)193, 18(4)205 A-F

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Meine Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen, ich eröffne die 30. Sitzung des Innenausschusses. Ich begrüße Sie herzlich, vor allem auch die Bundesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit sowie die Herren Sachverständigen. Ich darf mich bei allen bedanken, die unserer Einladung gefolgt sind. Die Bundesregierung wird zunächst – vielleicht kommt ja noch die höhere Gehaltsklasse – durch Herrn von Knobloch vertreten. Bedanken möchte ich mich auch für die schon vorab hier im Ausschuss eingegangenen schriftlichen Stellungnahmen. Auch die schriftlichen Stellungnahmen werden natürlich Bestandteil des Protokolls. Wir werden eine Gesamtdrucksache anfertigen, und zwar aus dem, was Sie uns bereits übersandt haben, aus dem, was Sie uns jetzt mündlich ergänzend vortragen werden und dann natürlich aus den Dingen aus Verlauf und Ergebnis der Diskussion mit den zuständigen Kolleginnen und Kollegen des Innenausschusses sowie des Rechtsausschusses, die hier vertreten sind. Es wird ein Protokoll angefertigt, eine Bandabschrift. Das bekommen Sie zur Korrektur übersandt, und wenn das gesamte Paket dann geschnürt ist, dann wird es auch in das Internet eingestellt. Wir haben uns für unsere heutige Sitzung den Zeitraum 12:00 bis 14:00 Uhr vorgenommen, länger nicht, kürzer möglich. Herr Prof. Heckmann hat bereits mitgeteilt, dass er gegen 13:45 Uhr die Sitzung verlassen muss. Wenn also noch beabsichtigt ist, an ihn Fragen zu stellen, dann sollte das frühzeitig geschehen. Wie immer, sage ich auch zu Beginn dieser Veranstaltung, dass wir uns zumindest darum bemühen sollten, das Eingangsstatement nicht länger als fünf Minuten zu halten. Ich kann Ihnen glaubhaft

versichern, Sie kommen dann im Verlaufe des Nachmittages noch so oft zu Wort, dass Sie alles, was Sie in die fünf Minuten nicht hineinpacken können, nachher in der Diskussion noch werden erläutern können. Was die Fragesteller angeht, darf ich darum bitten, nicht nur die Frage zu formulieren, sondern sie auch an die Frau Sachverständige und an die Herren Sachverständigen zu adressieren. So, das ist die Gebrauchsanweisung für den heutigen Nachmittag, für diese Sachverständigenanhörung. Noch einmal ein herzliches Willkommen an alle und in alphabetischer Reihenfolge bitte ich nun Herrn Prof. Aden um seine Expertise.

**SV Prof. Dr. Hartmut Aden** (Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin): Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich danke Ihnen zunächst für die Einladung. Ich möchte hier einige Punkte sehr kurz aufgreifen und verweise im Übrigen auf meine schriftliche Stellungnahme, die Ihnen zugegangen ist. Das Kernanliegen dieses Gesetzentwurfs ist voll und ganz zu begrüßen, nämlich die Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle in Deutschland jetzt auch auf der Bundesebene vollständig herzustellen. Dies ist ein gutes und wichtiges Anliegen, das ich sehr begrüße und unterstütze. Allerdings habe ich in meiner schriftlichen Stellungnahme auch auf eine Reihe von Punkten hingewiesen, zu denen der vorliegende Entwurf überarbeitungs- und verbesserungsbedürftig ist. Ich beschränke mich hier im Interesse der Zeit auf einige sehr wenige Punkte. Zunächst geht es um die Frage der Aussagebefugnis der oder des Bundesbeauftragten für den Datenschutz. Ich beziehe mich hier auf § 23 Abs. 6 der Entwurfsfassung. Diese Vorschläge sind aus meiner Sicht äußerst problematisch. Sie legen eine Reihe von Kriterien fest, die zwar in einer Ermessenserwägung, ob eine Aussage im Einzelfall stattfinden darf oder nicht, eine Rolle spielen können. Allerdings lässt die Art und Weise, wie diese Kriterien in dem Entwurf ausformuliert sind, die Vermutung nahe liegen, dass es doch darum geht, für größere Fallkategorien Aussagen gegenüber Gerichten und Untersuchungsausschüssen vollständig oder doch weitgehend zu verhindern. Insofern halte ich die Formulierungen, wie sie in dem Entwurf vorgeschlagen worden sind, für vollständig ungeeignet, und es wäre aus meiner Sicht eine Lösung, die Formulierungen, die jetzt im Entwurf stehen, vollständig zu streichen. Denn



wir haben in § 23 Abs. 5 der Entwurfsfassung schon eine Klausel, nach der die oder der Beauftragte nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat. Es wäre sicherlich auch denkbar, zusätzlich Kriterien für die Ausübung dieses Ermessens ins Gesetz hineinzuschreiben. Dafür gibt es ja hier auch einen Änderungsantrag. Das wäre sicherlich eine Möglichkeit, die Kriterien von vornherein weiter zu konkretisieren. Eines von beidem sollte gemacht werden, aber auf keinen Fall würde ich Ihnen empfehlen, diese sehr problematischen Formulierungen so zu lassen, wie sie im Entwurf stehen. Ich möchte insbesondere aber auch auf einen Punkt hinweisen, der bisher in der Diskussion noch keine Rolle gespielt hat. Hier geht es um § 24 Abs. 4 Satz 4 der bisher geltenden Fassung des Bundesdatenschutzgesetzes. Dort ist nämlich vorgesehen, dass Sicherheitsbehörden im Einzelfall den Zugang der oder des Datenschutzbeauftragten zu Informationen verweigern können. Diese Formulierung halte ich mit der jetzt endlich im Gesetz umgesetzten Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle für vollständig unvereinbar. Deswegen sollte auch diese Formulierung bei der Gelegenheit mit gestrichen werden. Wir haben in demselben Absatz bereits eine völlig ausreichende Formulierung, nach der bei sicherheitsrelevanten Vorgängen der Personenkreis, der Zugang zu diesen Informationen bekommt, beschränkt werden kann, im Zweifelsfall vielleicht auch auf die Beauftragte selbst. Das ist aus meiner Sicht vollkommen ausreichend. Eine ähnliche Vorschrift haben wir etwa auch in dem § 19 des Gesetzes über den Bundesrechnungshof. Deswegen möchte ich Ihnen nahelegen, auch den § 24 Abs. 4 Satz 4 der bisher geltenden Fassung ersatzlos zu streichen. Des Weiteren möchte ich auf die Zuständigkeit in den G-10-Angelegenheiten eingehen. Das ist auch ein wichtiger Punkt für eine unabhängige Datenschutzkontrolle und deswegen auch für den hier vorliegenden Gesetzentwurf. Wir haben momentan die gesetzliche Lage, dass nach § 24 Abs. 2 Satz 3 des BDSG in der geltenden Fassung die oder der Bundesdatenschutzbeauftragte nicht zuständig ist, wenn Fälle von der G-10-Kommission entschieden worden sind. Diese Formulierung ist 1999 vom Bundesverfassungsgericht verlangt worden, in seiner Entscheidung über die Fernmeldeüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst. Damals bestand aber die alleinige Absicht des Bundesverfassungs-

gerichts darin, die Kontrolle in solchen Fällen zu stärken und zu sagen, die G-10-Kommission soll nicht etwa nur für die Anordnung zuständig sein, sondern auch für die laufende Kontrolle. Keinesfalls war aber damit die heutige gesetzliche Regelung beabsichtigt, nach der die Datenschutzkontrolle durch den oder die Bundesbeauftragten für Datenschutz völlig entfällt. Deswegen sollte diese Regelung ersatzlos gestrichen werden. Eine Klarstellung ist meines Erachtens gar nicht unbedingt erforderlich. Denn was passieren könnte, wäre, dass es eine punktuelle Doppelzuständigkeit gäbe. Aber das kann man bei Kontrollfunktionen durchaus dem Einzelfall-Arrangement zwischen den beiden, also zwischen der oder dem Bundesbeauftragten auf der einen Seite, und der G-10-Kommission auf der anderen Seite, überlassen. Wenn man sich den Tätigkeitsbericht des früheren Bundesdatenschutzbeauftragten für die Jahre 2011 und 2012 anschaut, dann ist dort sehr eindringlich dargelegt, warum eine solche Änderung erfolgen sollte. Ich habe die entsprechende Passage auch in meiner Stellungnahme zitiert. Es kann nämlich vorkommen, dass Informationen aus G-10-Maßnahmen später Anlass sind für andere Maßnahmen der Nachrichtendienste. Für diese anderen Maßnahmen ist dann ausschließlich die oder der Bundesbeauftragte für den Datenschutz zuständig, und nicht mehr die G-10-Kommission. Wenn aber die Informationen aus einem G-10-Fall stammen, dann haben wir eine ganz eklatante Kontrolllücke, und angesichts der jüngsten Probleme und Skandale im Bereich der Nachrichtendienste meine ich, können wir uns solche großen Kontrolllücken nicht leisten. Deswegen plädiere ich dafür, diese Vorschrift – § 24 Abs. 2 Satz 3 in der bisherigen Fassung – ebenfalls zu streichen. Ich möchte es an dieser Stelle bei diesen wenigen Ausführungen belassen und verweise ansonsten auf meine schriftliche Stellungnahme. Vielen Dank.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Vielen Dank Herr Professor Aden. Als nächsten Sachverständigen bitte ich Herrn Professor Gärditz.

SV **Prof. Dr. Klaus Gärditz** (Universität Bonn, Lehrstuhl für Öffentliches Recht): Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren. Ganz herzlichen Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Der vorliegende Gesetzentwurf ist notwendig geworden, weil der Europäische Gerichtshof in einer, wie ich meine, äußerst



problematischen und auch schlecht begründeten Entscheidung – oder besser: zwei Entscheidungen seit dem Jahr 2010 – eine funktionale Unabhängigkeit der Datenschutzbeauftragten nach europäischem Datenschutzrecht verlangt hat. Das wird vielfach gelobt, gefeiert – ist aber zunächst einmal aus demokratischer Sicht eine sehr prekäre Forderung. Warum? Hier wird eine Verwaltungsbehörde, die mit Hoheitskompetenzen ausgestattet ist, aus den üblichen Zusammenhängen demokratischer Verantwortung, die über die Regierung zum Parlament verläuft, ausgekoppelt. Das heißt also aus meiner Sicht, dass, schon im Hinblick auf das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, das im Prinzip eine Weisungsabhängigkeit von Verwaltungsbehörden fordert, die Umsetzung dieser EuGH-Entscheidung auf das wirklich Notwendige begrenzt werden sollte. Zum anderen: auch der EuGH hat explizit klargestellt, dass Hoheitskompetenzen einer Behörde ohne Rückkopplung an demokratische Prozesse der Willensbildung und Verantwortlichkeit, auch aus der Sicht des Europäischen Unionsrechts nicht in Betracht kommen – hat aber auch namentlich darauf verwiesen, dass es eine unmittelbare parlamentarische Verantwortlichkeit und eine demokratische Steuerung durch das Gesetz gäbe. Da sollte man ansetzen, sprich: Kompetenzen möglichst restriktiv fassen und zum anderen die Möglichkeiten einer parlamentsunmittelbaren Kontrolle aufgreifen. Das heißt, so wie das der Entwurf auch konsequent macht, Rückanbindung an die Parlamentsverwaltung – und zum anderen natürlich die Kontrolle über das Haushaltsbewilligungsrecht, das immer noch die stärkste Möglichkeit ist für den Deutschen Bundestag, die Tätigkeit der Bundesbeauftragten zu kontrollieren. Ein weiteres Problem, was bei der Regelung entsteht, bislang aber, soweit ersichtlich, noch nicht diskutiert wurde, ist die Frage der Verwaltungskompetenz. Der Entwurf sieht vor, hier eine oberste Bundesbehörde zu errichten. Das kennt eigentlich das Grundgesetz so nicht. Wir kennen als oberste Behörden eigentlich die Ressortminister und Ressortministerinnen im Rahmen der Bundesregierung, Artikel 65 des Grundgesetzes. Daneben haben wir obere Bundesbehörden, deren Errichtung ist teilweise spezialverfassungsrechtlich geregelt, teilweise in Artikel 87 Abs. 3 des Grundgesetzes vorgesehen. Wir haben es hier also mit einer eigentlich nicht explizit geregelten Zwitter-

behörde zu tun. Aus meiner Sicht kommt als einzige Kompetenzgrundlage hier der Artikel 87 Abs. 3 Grundgesetz in Betracht. Der gilt nur für die Errichtung oberer Bundesbehörden. Artikel 86 Grundgesetz, der in einem der Papiere zitiert worden ist, greift nicht, denn der setzt eine Bundeskompetenz voraus, begründet diese nicht. Regelt also nur die Ausgestaltung. Wenn Sie im Grundgesetz den Artikel 87 Absatz 3 anschauen, dann hat das meines Erachtens die Folge, dass die Behördenstruktur selber zwar durch Unabhängigkeit funktional abgesichert werden darf – das entspricht jedenfalls der bislang vorherrschenden Meinung – aber dass die Behörde selber ihrer Funktion nach auf das begrenzt bleiben muss, was eine obere Bundesbehörde ausmacht. Das heißt also auch hier: keine Privilegien, zum Beispiel im Haushaltsrecht, kein Ausbau der Behörde – im Grunde genommen – zu einem außerhalb der Bundesregierung stehenden Zusatzministerium. Ich möchte zwei zentrale Punkte aus dem Entwurf aufgreifen, die mir im Mittelpunkt der Diskussion zu stehen scheinen, nämlich zum einen die Frage der Genehmigung von Zeugenaussagen in Gerichts- und Verwaltungsverfahren, zum anderen die Frage der haushaltstechnischen Absicherung. Die Frage, ob ich für eine Zeugenaussage eine Genehmigung brauche oder nicht, hat meines Erachtens mit der Unabhängigkeit nichts zu tun. Die Genehmigungspflicht, also vorher vom Bundesinnenminister, wie es bisher der Fall ist, eine Genehmigung einzuholen, verhindert lediglich Übergriffe in andere Kompetenzkreise, schränkt aber in keiner Weise die Unabhängigkeit ein. Der Sache nach geht es also eher um eine Begrenzung der Kompetenzen der Bundesbeauftragten, aus ihrem eigenen Aufgabenkreis bestimmte Dinge allein zu entscheiden, und nicht um eine Beeinflussung der Entscheidungsfindung als solche. Das zeigt sich daran, dass wir zum Beispiel für Gerichte, die fraglos unabhängig sind, auch sonst Vorlageentscheidungen kennen, die die Kompetenz zu eigenverantwortlichem Durchentscheiden begrenzen, etwa Artikel 100 Abs. 1 Grundgesetz. Ich mache auch darauf aufmerksam, dass jeder Richter, der über eine, im Rahmen seiner richterlichen Tätigkeit außerhalb des Beratungsgeheimnisses, dienstlich erlangte Information aussagen möchte, vorher eine Genehmigung seines Dienstvorgesetzten dafür braucht. Es wurde bislang von niemandem ernsthaft behauptet, dass



das mit der richterlichen Unabhängigkeit in Konflikt gerate. Vor diesem Hintergrund ist also die Regelung – gegenüber der bis-herigen Rechtslage überhaupt von der Genehmigungspflicht abzuweichen – meines Erachtens nicht erforderlich. Es ist auch nicht sinnvoll, weil die sich ergebenden Abgrenzungen zwischen der Frage – ich sage einmal – wo ist der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung berührt, wo ist das Staatswohl gefährdet, letzten Endes nur sehr schwer durchzuführen ist und damit im Grunde genommen bei dem Bundesbeauftragten selber verbleibt. Ich meine, man sollte an der generellen Genehmigungspflicht festhalten, was die Genehmigung angeht. Soweit eine Zeugenaussage den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung betreffen könnte, meine ich, ist dieser Genehmigungsvorbehalt sogar verfassungsrechtlich geboten. Zu guter Letzt: haushaltsrechtlich, meine ich, sollte es bei der bisherigen Lage bleiben, allein um die Haushaltsverantwortung des Parlaments mit zu stärken, im Verhältnis zur Kontrollfunktion. Vielen Dank.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Vielen Dank auch Ihnen, Herr Professor Gärditz. In Kombination von wissenschaftlicher Expertise und praktischer Erfahrung, Herr Professor Garstka, bitte.

SV **Prof. Dr. Hansjürgen Garstka** (Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät): Vielen Dank für diese Gelegenheit, mich hier äußern zu können. Ich bitte um Nachsicht, dass ich wegen der kurzfristigen Einladung keine schriftliche Äußerung abgeben konnte. Ich will mich auf einige Punkte beschränken, die mir aus meiner früheren Zeit als Berliner Datenschutzbeauftragter relevant vorkommen. Insgesamt setzt der Entwurf, und das ist ja der zentrale Punkt, die Bundesbeauftragte als oberste Bundesbehörde ein, schafft Rechts- und Dienstaufsicht ab. Das ist notwendig aufgrund des europäischen Hintergrundes und selbstverständlich zu begrüßen. Allerdings lässt aus meiner Sicht der Entwurf die letzte Konsequenz zur Unabhängigstellung der Datenschutzkontrolle vermissen. Vielmehr sind immer noch Aspekte zu erkennen, einerseits der Exekutive einen Rest an Einfluss zu bewahren, andererseits aber einer stärkeren Anbindung an die Legislative, also an dieses Haus hier, entgegenzuwirken. Der Bundestag wählt nach wie vor die Bundesbeauftragte auf Vorschlag der Bundesregierung. Auch

wenn davon auszugehen ist, dass es dabei im Vorfeld zu einem Benehmen zwischen Bundesregierung und Bundestag kommen wird, bleibt es gleichwohl dabei, dass die zu kontrollierende Institution, die Bundesexekutive, sich ihren Kontrolleur selbst aussucht. Angemessener und der gebotenen Unabhängigkeit gemäßer wäre es aus meiner Sicht, wenn, wie etwa im Berliner Datenschutzgesetz praktiziert, die Kandidatin aus der Mitte des Bundestages benannt würde und dies im BDSG auch seinen Niederschlag fände. Dass die Wahl ohne Aussprache stattfinden soll, nimmt dem Parlament zudem die Möglichkeit, der Vorlage der Bundesregierung kritische Einwände entgegen zu setzen. Auch die Eidesleistung vor dem Bundespräsidenten, statt vor dem Bundestagspräsidenten, bringt das gewollte Heranrücken an die Exekutive zum Ausdruck. Die vom EuGH eingeforderte Unabhängigkeit in haushalts- und dienstrechtlichen Fragen kommt zwar in der Stellung als oberste Bundesbehörde zum Ausdruck. Gleichwohl ist der unmittelbare Zugang der Bundesbeauftragten zum Bundestag als Budgetherr nicht gewährleistet, da mangels Änderungen – jedenfalls bisher – der Bundeshaushaltsordnung eine Vorlage der eigenen Haushaltsanschlüsse beim Parlament, bei Einwänden der Finanzverwaltungen (wie zum Beispiel beim Bundesrechnungshof) nicht vorgesehen wird. In Berlin, wo dies von Beginn an anders geregelt ist, hat es mit der unmittelbaren Befassung des Parlaments mit den Haushaltsentwürfen des Datenschutzbeauftragten übrigens nie Probleme gegeben. Ein nicht unwesentlicher Aspekt der organisatorischen Unabhängigkeit ist die Frage des Dienstsitzes. Es ist nicht ersichtlich, wieso dies bereits im Gesetz geregelt werden muss und eben nicht der unabhängigen Entscheidung der Bundesbeauftragten überlassen bleibt. Im Bundesrechnungshofgesetz haben wir zwar eine Festlegung des Dienstsitzes, nämlich Bonn, allerdings sind die Aufgaben der Bundesbeauftragten, insbesondere im Hinblick auf die Gesetzgebung, erheblich mehr von Kontakten zu Bundestag und Bundesregierung geprägt als dies beim Bundesrechnungshof der Fall ist. Dies gilt im Übrigen auch für die Beratungstätigkeit gegenüber weitgehend in Berlin angesiedelten Institutionen. Wenn überhaupt, läge damit eine Festlegung von Berlin als Dienstsitz nahe, unbeschadet natürlich der Möglichkeit, Außenstellen einzurichten. Ich



würde es auch begrüßen, wenn diese Möglichkeit im Gesetzestext erschiene. Bei der Regelung zum Leitenden Beamten besteht ein Widerspruch zwischen Gesetzestext und Begründung. Nach der Gesetzesbegründung soll die Bundesbeauftragte zwar ihre Vertreterin, ich wähle hier durchgängig die feminine Form, angesichts der derzeitigen Besetzung dieses Postens, nicht selbst ernennen können, das Gesetz besagt aber nicht, wer dies ansonsten tut. Von einer gesetzlichen Vertretungsregelung kann daher keine Rede sein. Vielmehr ergibt sich nach dem Gesetzestext aus meiner Sicht die Befugnis der Beauftragten, als oberste Bundesbehörde ihre Stellvertreterin selbst zu benennen. Eine wesentliche materielle Einschränkung der gebotenen Unabhängigkeit der Bundesbeauftragten sehe ich in den Regelungen zu Verschwiegenheitspflichten und dem Recht beziehungsweise der Pflicht zur Zeugenaussage. Zwar ist es entsprechend des Entwurfes geboten, der Bundesbeauftragten ein eigenes pflichtgemäßes Ermessen einzuräumen, ob und inwieweit sie vor Gericht oder außergerichtlich aussagt oder Erklärungen abgibt. Dass allerdings ihre Nachfolgerin ihrer Genehmigung bedarf, von diesem Recht Gebrauch zu machen, macht die Unabhängigkeit der Vorgängerin vom Urteil der Nachfolgerin abhängig. Dies scheint mir mit dem Ziel nicht vereinbar, die jeweiligen Amtsträgerinnen von Einflüssen, von welcher Seite auch immer, frei zu halten. Besonders heikel ist es, dass diese Bestimmung ja auch die einfache Abgabe von Erklärungen umfasst. Dies erscheint mir viel zu weit. Es steht zwar im Augenblick im Text des BDSG auch schon so formuliert darin, aber das scheint mir doch sehr weit. Kurzum, ich meine, sämtliche Einschränkungen in dieser Hinsicht sollten im Gesetzestext entfallen. Zu diesen Einschränkungen möchte ich mich nicht weiter äußern, weil die anderen Gutachter ausführlich auf diese Sache eingehen. Das gilt auch für die Notwendigkeit, die Durchsetzungsmöglichkeiten der Bundesbeauftragten zu verstärken, vor allem im Bereich der Telekommunikation und der Post. Es ist nicht einzusehen, dass gerade in diesen Bereichen, die ja im Augenblick in der weltweiten Datenschutzdiskussion eine zentrale Rolle spielen, der Bundesbeauftragten keine Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden, sondern dies in die Hand der abhängigen Bundesnetzagentur gestellt wird. Schließlich möchte ich noch einen Punkt

erwähnen, der im Gesetzentwurf nicht enthalten ist und der meines Erachtens für die Stellung gegenüber diesem Haus hier von Bedeutung ist. Nach § 26 Abs. 2 Satz 3 des geltenden Gesetzes kann sich die Bundesbeauftragte jederzeit an den Deutschen Bundestag wenden. In welcher Form das geschehen kann, wird bisher nicht geregelt. Angesichts der entscheidenden Rolle, die dieses Haus für die Fortentwicklung des Datenschutzes spielt, möchte ich empfehlen, über den Entwurf hinausgehend und entsprechend dem Berliner Datenschutzgesetz zu bestimmen, dass die Datenschutzbeauftragte – außer der Verpflichtung hierzu – berechtigt ist, vor dem Parlament oder dem betreffenden Ausschuss zu erscheinen und auch zu reden. Das hat sich in Berlin als ein ganz wesentliches Instrument in der Hand des Berliner Datenschutzbeauftragten gegenüber dem Parlament erwiesen, und es ist von dort auch immer sehr positiv aufgenommen worden, wenn der Berliner Beauftragte von diesem Recht Gebrauch gemacht hat. Vielen Dank.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Vielen Dank auch Ihnen. Als nächster Sachverständiger folgt Herr Professor Heckmann von der Universität Passau.

SV **Prof. Dr. Dirk Heckmann** (Universität Passau, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht): Vielen Dank Herr Vorsitzender, verehrte Mitglieder des Innenausschusses, meine sehr geehrten Damen und Herren. Ich habe bereits eine schriftliche Stellungnahme abgegeben und kann mich darauf natürlich mehrfach beziehen. Ich beschränke mich hier deshalb auf fünf Punkte, die ich hervorheben möchte. Erstens, ich begrüße den Gesetzentwurf bei aller Kritik im Detail im Großen und Ganzen sehr. Er reagiert auf die Forderung des Europäischen Gerichtshofes, die Unabhängigkeit der nationalen Stelle für Datenschutz – hier im Amt des bzw. der Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit – zu gewährleisten, so wie es ja auch die Europäische Datenschutzrichtlinie verlangt. Wenn diese dezidiert von völliger Unabhängigkeit spricht, ist das der besonderen Stellung der datenschutzrechtlichen Kontrollstellen geschuldet. Wenn der EuGH sie als Hüter der Grundrechte bezeichnet, wird deutlich, dass Datenschutz in der Informationsgesellschaft mehr ist, als nur eine singuläre Verwaltungsaufgabe unter vielen. Vielmehr bilden



die Digitalisierung und die zunehmende Vernetzung aller Lebensbereiche – man denke nur an e-Commerce, e-Business, e-Government, Social Media oder das Internet – so etwas wie die DNA der digitalen Gesellschaft. Datenerhebung, Datenverarbeitung und Datennutzung bestimmen über Lebenschancen und Lebensrisiken. Herrschaft über elektronische Prozesse und Datenbanken bedeuten Macht, schwer kontrollierbare Macht. Dies gilt sowohl im Hinblick auf mächtige private Akteure als auch gegenüber dem Staat. Dem, beziehungsweise der Beauftragten für den Datenschutz kommt in dieser Situation eine erhebliche Verantwortung für das Gemeinwohl und die schutzwürdigen Interessen des Einzelnen zu. Die völlige Unabhängigkeit dieser Kontrollinstanz hilft den Amtsträgern, dieser Verantwortung besser gerecht werden zu können. Vor diesem Hintergrund gilt es, ein Regelwerk für die Datenschutzkontrolle zu schaffen, das Unabhängigkeit gewährleistet und Abhängigkeiten vermeidet. Dies ist im vorliegenden Entwurf leider nur unvollkommen gelungen.

Zweitens, die Beseitigung der strukturellen Unterordnung der Datenschutzbeauftragten unter das Bundesministerium des Innern durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde ist aus meiner Sicht sehr zu begrüßen.

Drittens, problematisch ist hingegen die Beschränkung der Aussagefreiheit der Beauftragten im § 23 Abs. 6 des Entwurfs. Das Problem liegt hier nicht in den materiellen Grenzen, dass die Aussagefreiheit überhaupt beschränkt wird. Verfassungs- und europarechtlich bedenklich ist vielmehr die Art und Weise, wie diese Beschränkung vorgenommen wird. Das wird besonders deutlich in § 23 Abs. 6 Satz 2, wonach Aussagen nur im Einvernehmen mit der Bundesregierung erfolgen dürfen. Damit bekommt der potentiell Kontrollierte gleichsam ein Vetorecht. Das widerspricht aber den klaren Aussagen des EuGH, denen zufolge schon der Anschein einer Beeinflussung mit den Vorgaben der Datenschutzrichtlinie unvereinbar ist. Gerade wenn es um Fälle eines möglichen Machtmissbrauchs geht, denken wir an die immer noch ungeklärten Vorwürfe auch gegenüber deutschen Geheimdiensten, gehört es zur Aufgabe der Datenschutzbeauftragten, zur Klärung solcher Vorgänge beizutragen. Selbstverständlich mag es Fälle geben, in denen eine vorübergehende

Geheimhaltung aus übergeordneten Gründen angezeigt sein kann. Dies hat die Beauftragte aber unter Berücksichtigung aller verfassungsrechtlichen Belange eigenverantwortlich zu prüfen und zu entscheiden. Wer ihr in diesem Punkt misstraut, umgekehrt also: eher der Regierung in der Legitimität ihres Vetos vertraut, der stellt die Unabhängigkeit der Datenschutzbeauftragten infrage.

Viertens, nicht unproblematisch ist auch, dass der Gesetzentwurf das bisherige Vorschlagsrecht der Bundesregierung beibehält. Nachdem der EuGH die Regierungen der Mitgliedsstaaten als Risikofaktoren für den Datenschutz ansieht, wirkt es durchaus unglücklich, dass sich – pointiert ausgedrückt – ausgerechnet der Kontrollierte seinen Kontrolleur aussucht. – So sehr dies auch von vielen Stellen und Seiten kritisiert wird, stellt sich allerdings auch die Frage nach einer sinnvollen Alternative. Das Vorschlagsrecht dem Parlament vorzubehalten wird in der Praxis kaum zu anderen Personalentscheidungen führen. Weil es in der Regel doch die Regierungsmehrheit ist, die am Ende entscheidet. Darauf dürfte bereits die Vorauswahl der Regierung Rücksicht nehmen. So wird man vielleicht doch über die öffentliche Ausschreibung der Behördenleiterstelle nachdenken. So förderlich in diesem Fall die Ausschreibungskriterien – der Fachkompetenz, der Erfahrung und Neutralität – sein mögen, so bleibt aber auch hier die Frage: wer entscheidet dann über die Bewerberauswahl und wie unabhängig ist wiederum dieses Gremium? Das heißt also, die Frage des Vorschlagsrechts ist nicht so ganz einfach zu beantworten.

Schließlich fünftens, Bonn oder Berlin? Das ist sicherlich nicht in erster Linie eine rechtliche Frage, sondern eine politischen Frage, die man wiederum auch mit der Gegenfrage beantworten könnte: Warum nicht Berlin?

Sobald die europäische Datenschutz-Grundverordnung in Kraft getreten ist, lösen deren Vorschriften auch das Deutsche Bundesdatenschutzgesetz ab. Es hat also eine durchaus geringe Halbwertszeit. Es wäre deshalb sinnvoll, schon jetzt deren strengeren Vorgaben gerecht zu werden. Vielen Dank.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Das mit Bonn habe ich überhört. Wir kommen nun zum nächsten Sachverständigen.



Herr Professor Roßnagel, Sie haben das Wort. Vorher darf ich noch, leicht verspätet, dafür aber umso herzlicher, für die Bundesregierung Herrn Staatssekretär Dr. Schröder begrüßen. Bitteschön.

**SV Prof. Dr. Alexander Roßnagel** (Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht): Meine sehr verehrten Damen und Herren, vielen Dank dafür, dass ich die Gelegenheit habe, hier eine Stellungnahme abzugeben. Ich möchte sie in fünf Teile gliedern.

Zuerst zu den Kriterien, die der Diskussion hier zugrunde liegen müssen. Die Kontrollstellen in Europa, die datenschutzrechtlichen Kontrollstellen, üben keine normale Verwaltungstätigkeit aus. Sondern sie haben die besondere Aufgabe, Hüter der Grundrechte und Grundfreiheiten zu sein, die durch die Verarbeitung personenbezogener Daten betroffen sind. Dies begründet und erfordert die besondere Stellung und völlige Unabhängigkeit der Kontrollstellen. Um diese zu gewährleisten, muss nach dem Urteil des EuGH jede Möglichkeit von politischer Einflussnahme so ausgeschlossen sein, dass die Entscheidungen der Kontrollstellen über jeglichen Verdacht der Parteilichkeit erhaben sind.

Zweitens, mit diesen Vorgaben unvereinbar sind die geplanten Regelungen zu Zeugenaussagen. Für das Verfahren ist festzustellen, dass nur die Bundesdatenschutzbeauftragte selbst entscheiden kann, ob sie als Zeugin aussagt. Materiell muss sie in diesem Fall die im Einzelfall betroffenen verfassungsrechtlichen Vorgaben beachten, unter anderem auch Sicherheitsnachteile, Grundrechte und den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung. Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben sind von selbst zu beachten. Eine gesetzliche Regelung ist überflüssig. Wenn sie aus Gründen der Klarstellung doch geregelt werden sollten, dann muss dies aber vollständig erfolgen. Das heißt, es muss auch das verfassungsrechtlich anerkannte Informationsinteresse der Öffentlichkeit an der Aufdeckung möglicher Rechtsverstöße und vergleichbarer Missstände berücksichtigt werden. Die Abwägung zwischen Geheimhaltungsinteresse und dem öffentlichen Informationsinteresse kann nur die Bundesbeauftragte selbst vornehmen.

Drittens, die gebotene völlige Unabhängigkeit ist nur möglich, wenn die Bundesdatenschutzbeauftragte für ihre Aufgaben ausreichend ausgestattet

ist. Dies ist bisher in § 22 Abs. 5 Satz 3 BDSG geregelt und dies sieht auch genauso Artikel 47 Abs. 5 des Entwurfs einer Datenschutz-Grundverordnung vor. Also für die zwei oder drei Jahre zwischen dem Heute und dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung sollte in angepasster Form diese Regelung beibehalten werden.

Viertens, zur völligen Unabhängigkeit der zu kontrollierenden Exekutive gehört auch, dass die Bundesdatenschutzbeauftragte eigene Befugnisse zur Durchsetzung des Datenschutzes hat. In der Aufsicht über Anbieter von Telekommunikations- und Postdienstleistungen kann sie jedoch nicht selbständig tätig werden. Sie muss vielmehr die Bundesnetzagentur bitten. Sie ist jedoch nur dann völlig unabhängig, wenn sie selbst Anordnungs- und Untersagungsbefugnisse ausüben kann. Solche Befugnisse stehen allen Aufsichtsbehörden der Länder – gegenüber allen anderen verantwortlichen Stellen der Privatwirtschaft – zu. Und Artikel 53 Abs. 1 des Entwurfs der Datenschutz-Grundverordnung sieht dies auch für alle Kontrollstellen vor. Also sollte man das auch für die zwei oder drei Jahre, die jetzt noch dazwischen liegen, für die Bundesdatenschutzbeauftragte so vorsehen.

Fünftens setzt die völlige Unabhängigkeit voraus, dass die Bundesdatenschutzbeauftragte Bußgelder, die sie wegen Datenschutzverstößen verhängt, auch selbst durchsetzen kann. Auch hier ist sie bisher von der Bundesnetzagentur und von den Staatsanwaltschaften abhängig. Daher sollte die Bundesdatenschutzbeauftragte in den bußgeldrechtlichen Verfahren in allen Verfahrensstufen selbst als der Vertreter des öffentlichen Interesses auftreten können. Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Vielen Dank Herr Professor Roßnagel. Unser nächster Sachverständiger ist Herr Schild vom Verwaltungsgericht in Wiesbaden.

**SV Hans-Hermann Schild** (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Wiesbaden): Ja, meine Damen und Herren, ich bedanke mich für die Einladung. Ich habe schriftlich schon versucht, Stellung zu nehmen, und ich möchte in meinen mündlichen Ausführungen auf einzelne Punkte, die zum Teil auch in den schriftlichen Ausführungen noch nicht enthalten sind, eingehen.





Zunächst eine Anmerkung, nachdem das eben von Herrn Prof. Gärditz gesagt worden ist, und auch der Bundesrat in seiner letzten Stellungnahme zur Datenschutz-Grundverordnung so etwas ausgeführt hat. Nach dem deutschen Rechtssystem gibt es keine unabhängigen Gerichte im Sinne Grundrechtecharta, sondern nur unabhängige Richter. Dies erst einmal zur Klarstellung. Zum anderen jetzt zum eigentlichen Thema. Die Bundesbeauftragte muss unabhängig sein. Ich bleibe auch hier, ebenso wie Herr Prof. Garstka, bei der weiblichen Form, so hatte ich es auch in meiner Stellungnahme gemacht. Das ergibt sich aus dem Europäischen Rechtssystem und das hat der EuGH auch entsprechend entschieden. Dazu der vorliegende Gesetzentwurf, der aus meiner Sicht noch verbesserungsfähig wäre und ist. Zum einen, was die Bestellung der Bundesbeauftragten betrifft, wurde eben schon darauf hingewiesen, dass auf Vorschlag der Bundesregierung, ohne Aussprache im Bundestag, diese gewählt wird. Sie ist selbst allerdings parlamentarisch legitimiert durch die Wahl des Bundestages. Insoweit müsste aus meiner Sicht der Bundestag, wenn die Bundesregierung das Vorschlagsrecht ausüben soll, gerade im Lichte von Artikel 33 Grundgesetz auch mindestens Grundpositionen festlegen, die Voraussetzung sind, um das Amt qualifiziert ausüben zu können, das heißt, ein Anforderungsprofil. Ob das sofort im Gesetz gemacht werden soll, oder ob die gesetzliche Regelung das so beinhaltet, dass das Anforderungsprofil immer rechtzeitig vor der Auswahl zu erstellen ist, darüber kann man aus meiner Sicht trefflich streiten. Auf jeden Fall bedarf es aus meiner Sicht eines Anforderungsprofils, was hier notwendig ist, um dann, wenn der Bundestag sich hier seiner Rechte begeben will, er in die Lage versetzt wird, hier mindestens vernünftig wählen zu können. Das ist das eine. Das andere ist, und jetzt fange ich ganz hinten an: der Gesetzentwurf enthält aus meiner Sicht keine richtige Übergangsregelung. Nach dem Gesetzentwurf gehen die Planstellen auf die oberste Bundesbehörde über, nicht aber das Personal. Wie das Personal übergehen soll, regelt der Gesetzentwurf nicht. Die Personalübergabe der Personen, die bis jetzt Beamte des BMI sind, bedarf, wenn sie einzeln auf die oberste Bundesbehörde übergehen sollen, der Mitbestimmung durch den Personalrat des BMI. Aber es bräuchte dann auch eines aufnehmenden Personalrats bei

der obersten Behörde, die es noch nicht gibt. Insoweit sollte man sich hier einmal Gedanken machen, wie man das personalratsseitig macht. Nicht, dass die Behörde dann mit Inkrafttreten des Gesetzes zwar Planstellen hat, aber kein Personal. Also, da scheint mir eine wesentliche Lücke vorhanden zu sein. Personal ist das nächste Stichwort. Ich hatte versucht, in meinen Ausführungen darzulegen, dass die jetzige Personalausstattung der BfDI im Prinzip das Ergebnis von inzwischen zweimaligen Personalaufstockungen seit dem Bestehen des BfD ist. Das war einmal bei der Zuständigkeit zur Post und Telekommunikation und zum anderen im Bereich Hartz IV. Aber insgesamt hat die BfDI einen Aufgabenzuwachs, der exorbitant um einen Faktor X gestiegen ist im Verhältnis zu dem vorhandenen Personal. Wenn ich aber unabhängig und vor allem sachgemäß Aufgaben wahrnehmen will, brauche ich auch die entsprechende Woman- oder Manpower, das können Sie bezeichnen wie Sie wollen. Damit erscheint es mir notwendig, auch an die Personalaufstockung zu denken und diese im Fokus zu haben. Was hier vom BMI vorgeschlagen ist, scheint mir mehr als schmalbrüstig. Wenn wir schon beim Personal sind, kommen wir zum Nächsten. Der EuGH hat in seiner Entscheidung gegen Deutschland unter anderem ausgeführt, dass möglicherweise ein Interesse an der Nichteinhaltung der Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn es um die Verarbeitung solcher Daten im nichtöffentlichen Bereich geht, bestünde. Damit ist der Bereich der Post und Telekommunikation angesprochen. Hier gibt es keinerlei Sanktionsbefugnisse. Der § 38 BDSG findet auch keine Anwendung. Wenn man schon an diese Regelung nicht herangehen will bzw. die Regelungen bei der BfDI nicht dahingehend anpassen will, dass die Regelungen des § 38 BDSG Anwendung finden, so meine ich, sollte man zumindest an die Sanktionsmöglichkeiten denken. Denn da hatten wir schon dokumentierte Fälle, dass die – damals der – BfDI Beanstandungen ausgesprochen hat und die Regulierungsbehörde sich geweigert hat, entsprechend Bußgeldbescheide zu erlassen. Das dürfte letztendlich im Rahmen einer Kontrolle durch die Kommission über die Frage der wirksamen Unabhängigkeit auch im Lichte der Entscheidung des EuGH möglicherweise doch zu erheblichen Problemen führen. Zur Zeugenregelung noch ganz



kurz, da ist ja schon eine ganze Menge gesagt worden. Hier stelle ich mir die Frage, welche besondere Stellung die BfDI gegen den Präsidenten des Bundesrechnungshofes hat. Auch der kann, wenn ich jetzt zum Beispiel denke an die Drohnen-Geschichte der Bundeswehr, nicht erkennen, wo da vom Geheimnisbereich her andere Unterschiede bestehen. Insoweit verweise ich auf meine Ausführungen. Ich bedanke mich.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Vielen Dank Ihnen, Herr Schild. – Normalerweise Andrea, heißt es ja: Ladies first! Aber in der Sachverständigenanhörung geht es dieses Mal zu Deinen Lasten aus. Aber das bist Du bei Deinem Nachnamen ja wahrscheinlich gewohnt!

SV **Andrea Voßhoff** (Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit): So ist es, beim Vornamen wäre es anders! – Ja, auch ich bedanke mich für die Möglichkeit, hier und heute zu dem Gesetzentwurf Stellung nehmen zu können. Deshalb herzlichen Dank für die Einladung und – wie ich glaube, fast alle meine Vorredner – habe natürlich ich in erster Linie und insbesondere diesen Gesetzentwurf dem Grunde nach zu begrüßen, weil er endlich und ich sage einmal, nach fast 30 Jahren, das umsetzt, was schon die Europäische Richtlinie im Jahr 1995 vorschrieb, und was auch nicht nur zwei, sondern mittlerweile drei Urteile des Europäischen Gerichtshofes mehr als nachhaltig und, wie ich finde, auch eindeutig einfordern. Und deshalb ist die Einrichtung einer obersten Bundesbehörde in der Grobstruktur, sage ich jetzt einmal – bei der materiell-rechtlichen Regelung habe ich mich inhaltlich geäußert – ... aber die Einrichtung einer eigenständigen obersten Bundesbehörde bei gleichzeitiger Abschaffung der Rechts- und Dienstaufsicht setzt dem Grunde nach, sozusagen, die Anforderungen des EuGH um. Ich mache die Einschränkung, dem Grunde nach, weil ich dazu gleich weitere Ausführungen machen möchte. Und zwar, nach den vielen materiell-rechtlichen Punkten, die hier angesprochen sind, möchte ich – und das denke ich, gebietet sich auch in meiner Funktion – Ihren Blick auch noch einmal ausrichten, anschließend an das, was Herr Schild sagte, auf die Frage der Funktionsfähigkeit der BfDI. Die nämlich, nach meiner Einschätzung, nach der bisherigen Personalentwicklung nicht den Vorgaben entspricht, die der EuGH mit seiner völligen Unabhängigkeit

zum Ausdruck gebracht hat. Denn völlige Unabhängigkeit – ist nicht nur die Organisation oder die organisatorische Struktur, wie ich es vorhin ausgeführt habe, im Sinne der Abschaffung der Rechts- und Dienstaufsicht, sondern geht auch mit einer Funktionsfähigkeit, mit einer effizienten und funktionsfähigen Kontrolle einher, ohne die auch die Unabhängigkeit nicht gewährleistet ist. Ich denke, dass wir bei der Diskussion und bei dem Gesetzentwurf dem Grunde nach – durchaus auch in der Frage der künftigen Gestaltung – Vergleiche zum Bundesrechnungshof ziehen können, der zwar durch das Grundgesetz etwas anders aufgestellt ist, aber in seiner Funktion doch durchaus vergleichbar. Die BfDI ist nämlich eine institutionalisierte Binnenkontrolle der Bundesverwaltung und von daher durchaus in mancherlei Hinsicht mit dem Bundesrechnungshof vergleichbar. So dass ich auch meine, dass manche Regelungen durchaus daran ausgerichtet werden können. Wenn ich vorhin gesagt habe, dass zur Unabhängigkeit auch die Funktionsfähigkeit gehört, dann ist diese nur gegeben – und das ist mein besonderes Anliegen im Eingangsstatement – wenn die notwendige Personal- und Sachausstattung auch zur Verfügung gestellt wird. Das ist mit diesem Gesetzentwurf ganz eindeutig nicht gegeben. Die dort bewilligten Personalstellen decken noch nicht einmal die mit dem Vollzug dieses Gesetzes zur Einrichtung einer obersten Bundesbehörde notwendigen Verwaltungsaufgaben ab. Schon jetzt ist eine funktionsfähige Aufsicht in Teilbereichen – insbesondere bei der Kontrolle der Nachrichtendienste – nicht in ausreichender Weise gewährleistet. Ich darf nur daran erinnern, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem ATDG-Urteil gefordert hat, dass es einen zweijährigen Kontrollturnus als Rechtsmäßigkeit voraussetzungen für das ATDG-Gesetz als zwingend betrachtet, um die eingeschränkten Kontrollmöglichkeiten der Betroffenen zu kompensieren. Auch das ist ein Punkt, der bis heute nicht personell untersetzt ist, sodass diese Fragen und Themenstellungen der Personalausstattung sehr wohl auch die Funktionsfähigkeit des Hauses tangieren. Ich möchte auch noch betonen, das ist jetzt etwas, was sicherlich aus Ihrer Sicht für Sie nicht unbedingt im Vordergrund steht, ich aber als Leitung der Behörde durchaus meine, es hier bei Ihnen auch dokumentieren zu sollen, zu können und zu müssen. Ich habe ja unter anderem auch im Zusammen-



hang mit den Vorschlägen darum gebeten, dass die Personalausstattung, aber auch der Personalbedarf in dem Gesetz fixiert wird. Hintergrund ist hier dabei auch, und das bitte ich Sie, sich auch entsprechend vorzustellen: künftig wird bei Verabschiedung des Gesetzes die oberste Bundesbehörde BfDI die mit Abstand kleinste Behörde im Rahmen der obersten Bundesbehörden sein. Das setzt bei mir zwingend auch die Frage voraus, wie und in welcher Weise eine solche kleinste Behörde, die dann natürlich als eine oberste Behörde nicht die Aufstiegsmöglichkeiten bietet – wie es große, andere Bereiche von Bundesministerien und Ressorts ermöglichen – wie eine solche kleinste Behörde auch weiterhin attraktiv und interessant sein kann für qualifiziertes Personal, für interessiertes Personal, übrigens auch aus anderen Ressorts und anderen Bundesministerien. Deshalb ist mein Anspruch und meine Bitte, auch diesen Fragen der Personalausstattung, des Personalaustausches und des Personalerhalts – den Vorgaben als Behörde, für viele auch weiterhin attraktiv und interessant zu sein, Aufmerksamkeit einzuräumen. Ich habe mir einmal den Stellenzuwachs der letzten zehn Jahre, 14 Jahre geben lassen und festgestellt, dass hier ein deutlicher Nachholbedarf gegeben ist. Und wenn das Parlament jetzt erstmals die Chance hat, eine Behörde zu gestalten, die künftig auch nur noch ausschließlich seiner und der richterlichen Kontrolle unterliegt, dann bitte ich darum und werbe auch im Parlament dafür, diese Fragestellungen der Personalausstattung in den Fokus zu nehmen und auch mit zu berücksichtigen. Weil nur so ist eine den gesetzlichen Aufgaben folgende Bundesbeauftragte für den Datenschutz in der Lage, gerade in den Zeiten des digitalen Wandels, der digitalen Revolution ihren Aufgaben nachzukommen. Vielen Dank.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Wir kommen zur Berichterstatterrunde, Herr Abgeordneter Stephan Mayer bitte.

BE Abg. **Stephan Mayer** (Altötting) (CDU/CSU): Sehr geehrter Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Kolleginnen und Kollegen, sehr geehrte Damen und Herrn. Ich darf zunächst allen Sachverständigen ganz herzlich danken für ihre Ausführungen und vor allem auch für die im Vorfeld schon eingereichten Stellungnahmen, soweit erfolgt. Sie bilden für uns allesamt eine wichtige

Grundlage, auf der wir die weiteren Verhandlungen und Überlegungen auch zu diesem Gesetzgebungsverfahren anstellen werden. Ich habe an drei Sachverständige konkrete Nachfragen, an Herrn Prof. Gärditz, Herrn Prof. Heckmann und an Frau Voßhoff. Zunächst einmal meine Frage an Herrn Prof. Gärditz. Sie haben ja am Ende Ihrer Ausführungen verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht, falls § 23 Absatz 6 des Entwurfes geändert würde, der die Einvernehmensregelung festschreibt, wenn der Kernbereich exekutive Eigenverantwortung betroffen ist. Es war dann die Zeit zu Ende. Daher würde ich Sie bitten, dass Sie dazu noch nähere Ausführungen machen, inwiefern Sie diesbezüglich verfassungsrechtliche Bedenken sehen und auch inwiefern Sie europarechtlich möglicherweise Bedenken in diesem Zusammenhang auch hegen. Dann würde mich interessieren, falls § 23 Abs. 6 geändert würde, ob Sie dann den Schutz der Grundrechte Dritter in Gefahr sehen, die möglicherweise dann nicht ausreichend geschützt wären, falls diese Regelung aufgehoben würde, so wie sie momentan im Entwurf vorliegt. Darüber hinaus würde mich interessieren, wie Sie die Regelung des § 23 Abs. 5 Satz 3, 2. Halbsatz bewerten, der die Genehmigung der Zeugenaussage eines ehemaligen Beauftragten vorsieht durch den amtierenden Beauftragten. Weiterhin möchte ich eine Frage stellen zu dem von Ihnen behandelten Komplex der Sicherstellung der notwendigen Personal- und Sachausstattung der Beauftragten: Inwiefern würden Sie dies hinsichtlich der Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung unter europarechtlichen Gesichtspunkten für erforderlich halten? Und falls dies vorgenommen würde: Sehen Sie diesbezüglich verfassungsrechtliche Bedenken – vor allem vor dem Hintergrund des Primats des Haushaltsgesetzgebers, sprich, des Deutschen Bundestages? An Herrn Prof. Heckmann darf ich folgende Fragen richten. Sie haben ja verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht, was die jetzige Regelung des § 23 Abs. 6 des Entwurfes angeht. Diesbezüglich die konkrete Nachfrage von mir: Wer soll denn feststellen, ob der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung eröffnet ist, wenn nicht die Regierung selbst? Gäbe es nicht gerade verfassungsrechtliche Bedenken, wenn diese Regelung aufgehoben würde, vor dem Hintergrund, dass dann eine externe Stelle, nämlich die Beauftragte oder der Beauftragte feststellen müsste, ob



tatsächlich der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung eröffnet und möglicherweise auch negativ betroffen ist? Dann auch an Sie die Frage, wie Sie eine mögliche haushaltsrechtliche Sonderstellung der Beauftragten sehen, ob Sie diese für europarechtlich geboten halten und wie Sie dies auch unter deutschen oder verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten sehen. Und ein dritter Fragekomplex richtet sich an Sie. Sie haben ja auch das Vorschlagsrecht der Bundesregierung problematisiert, diesbezüglich aber mehr Fragen aufgeworfen als Antworten gegeben. Wir als Gesetzgeber müssen ja dann konkret in Normen fassen, wie sich das Vorschlagsrecht darstellen soll. Deshalb bitte von mir noch einmal die konkrete Nachfrage: Welchen Vorschlag würden Sie uns denn unterbreiten, was die rechtliche Normierung des Vorschlagsrechts der Beauftragten angeht? Abschließend möchte ich noch an Sie, Frau Voßhoff, eine Frage richten. Und zwar hatte Herr Prof. Heckmann in seiner schriftlichen Stellungnahme ja zumindest verfassungspolitische Bedenken geäußert, was den Dienstsitz Berlin angeht. Zwar keine verfassungsrechtlichen Bedenken, aber verfassungspolitische Bedenken, dahingehend, dass die Gefahr gesehen wird, dass der Beauftragte oder die Beauftragte bewusst der Politik ferngehalten würde, dadurch dass als Dienstsitz Bonn bestimmt wird. Deswegen die konkrete Frage an Sie, Frau Voßhoff, ob Sie diese Bedenken teilen, dass Sie, wenn Ihr Dienstsitz in Bonn sein würde oder sein sollte, dass Sie hier bewusst vom Regierungssitz Berlin ferngehalten werden und möglicherweise Ihnen der Zugang erschwert wird.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Professor Gärditz ... Die Stimmung im Saal kippt deutlich! Es wäre nett, wenn man wenigstens Köln und Bayer Leverkusen heraushalten könnte nach dem Ergebnis, das vergangene Wochenende war schlimm genug! ... Herr Professor Gärditz, bitte!

SV **Prof. Dr. Klaus Gärditz** (Universität Bonn, Lehrstuhl für Öffentliches Recht): Zu der Änderung von § 23 Abs. 6 Bundesdatenschutzgesetz und möglichen verfassungsrechtlichen Problemen. In der Tat, jedenfalls soweit der Schutz des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung betroffen ist, meine ich, es ist verfassungsrechtlich zwingend, dass weiterhin an der Genehmigung

durch die Bundesregierung – wer auch immer – das kann der BMI sein, aber auch die Bundesregierung als Kollegialorgan – festgehalten wird. Warum? Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen den Schutz dieses Kernbereiches hervorgehoben, und das hat auch seinen guten demokratischen Sinn, weil nämlich die innere Willensbildung der Regierung abgeschirmt werden soll, ein Freiraum geschaffen werden soll, in dem die Regierung selber ihrer demokratischen Verantwortung gerecht wird. Wenn alles permanent transparent gehalten und kontrolliert wird, dann ist verantwortliches Entscheiden nicht mehr möglich. Jetzt stellt sich die Frage, der Entwurf will natürlich den Kernbereichsschutz nicht antasten. Die Frage ist nur: Wer kann darüber entscheiden? Ich meine, dass man eine solche Entscheidung, insbesondere wenn Bereiche wie Sicherheits- oder Außenpolitik oder andere sehr sensible Bereiche betroffen sind, nicht einer Behörde außerhalb der Bundesregierung überlassen kann. Denn das setzt letzten Endes eine sehr diffizile Beurteilung im Einzelfall voraus, man wird auch hier einen Beurteilungsspielraum der Behörde zugestehen müssen, weil man es ja gar nicht abschließend rechtlich durchsubsumieren kann. Und vor diesem Hintergrund, so meine ich, ist überhaupt nur die Bundesregierung in der Lage, eine adäquate Antwort auf die Frage des Kernbereichsschutzes zu geben. Das ist auch bisher so – das kennen wir aus dem Untersuchungsausschuss Recht etwa, da ist es erprobt. Da kann die Bundesregierung mit diesem Argument etwa die Aktenvorlage verweigern, eine gerichtliche Kontrolle ist damit ja nicht ausgeschlossen. Auch die Bundesbeauftragte könnte sich ja im Klagewege gegebenenfalls gegen die Bundesregierung wenden. Aber dass die Primärverantwortung bei der Bundesregierung bleiben muss, ihren eigenen Kernbereichsschutz zu beurteilen, das halte ich für begriffsnotwendig. Anders funktioniert das nicht. Als Nächstes zu Schutzgrundrechten Dritter. Also, die Frage, ob Grundrechte Dritter jetzt gefährdet sind – eher, wenn die Bundesbeauftragte es beurteilt oder die Bundesregierung, da würde ich jetzt keine zwingenden Konsequenzen daraus ziehen. Aber auch hier gilt natürlich, dass diejenige Stelle, die den unmittelbaren Einblick in den Sachverhalt hat, möglicherweise besser in der Lage ist, Grundrechte Dritter zu schützen. Ich darf auch betonen, diese Frage der



Zeugnisverweigerung beziehungsweise der Aussagegenehmigung, überhaupt der Öffentlichmachung, wird immer sehr einseitig als ein Gewinn an Transparenz für die politische Öffentlichkeit verstanden. Nun zunächst einmal, und das ist ja auch ein datenschutzrechtliches Anliegen, soll die Zahl der Informationsträger vielleicht klein gehalten werden. Wenn die Bundesregierung etwa sagt, dass über bestimmte Dinge darf nicht ausgesagt werden darf, dann ist das auch ein Akt des Datenschutzes, es wird nämlich etwas im internen gehalten – und das dient auch dem Grundrechtsschutz, sodass also das Argument jedenfalls nicht entgegen gehalten werden kann. Aussagegenehmigung durch den amtierenden Bundesbeauftragten oder die amtierende Bundesbeauftragte für Amtsvorgänger halte ich für notwendig. Denn die Frage, wer über die Aussage entscheidet, ist eine Entscheidung in amtlicher Funktion, in Ausübung eines Amtes. Auch die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten ist kein persönliches Privileg des Amtswalters, sondern es ist ein funktionales Privileg des Amtes. Und das kann nur derjenige ausüben, der dieses Amt innerhalb seiner demokratischen Wahlperiode wahrnimmt. Vor dem Hintergrund muss also notwendigerweise immer der jeweilige Amtsinhaber oder die jeweilige Amtsinhaberin darüber entscheiden, ob ein Vorgänger in amtlicher Funktion aussagen darf. Das ist Herrschaftsbereich der Behörde und nicht das der konkreten Person, die in dem Amt sitzt. Letzter Punkt: Personalausstattung und Sachmittelausstattung in gesetzlicher Regelung. Davon würde ich ausdrücklich absehen im Hinblick auf den hohen Rang des Haushaltsrechts des Parlaments, das im Übrigen vom Bundesverfassungsgericht unter dem Gesichtspunkt von Artikel 79 Abs. 3 Grundgesetz im Europaverfassungsrecht künftig in einer Reihe von, wie ich meine, sehr konsequenten, richtigen Entscheidungen massiv gestärkt worden ist. Dieses Budgetrecht des Parlaments gebietet es meines Erachtens, dass über die Frage der Sach- und Personalausstattung – so, wie in allen anderen Bereichen der Exekutive auch – fortwährend neu verhandelt wird, und dass hier auch das reguläre Haushaltsverfahren durchlaufen wird. Eine gesetzliche Regelung, wie sie teils vorgeschlagen wird, hätte den großen Nachteil, dass möglicherweise daraus außenwirksame, außerbudgetäre Ansprüche begründet werden. Das Gesetz schließt das nicht aus. Wenn ich also nament-

lich den Änderungsvorschlag der GRÜNEN ansehe, dann würde ich nicht ausschließen, dass die Bundesbeauftragte sich möglicherweise mehr Stellen einklagen könnte. Das halte ich für völlig dysfunktional und mit der Haushaltsverantwortung unvereinbar. Das Europarecht fordert eine solche gesetzliche Regelung nicht. Das Europarecht fordert – und das ist eine Selbstverständlichkeit – eine funktionsadäquate Ausstattung, die es der Bundesbeauftragten ermöglicht, ihr Amt angemessen wahrzunehmen. Aber es fordert nicht, dass das gesetzlich außenwirksam geregelt ist. Auch eine haushaltsrechtliche Zuweisung von Personal- und Sachmitteln in ausreichendem Umfang wahrt selbstverständlich die unionsrechtliche Anforderung.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Ja vielen Dank. Herr Professor Heckmann, bitte.

SV **Prof. Dr. Dirk Heckmann** (Universität Passau, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht): Ja, vielen Dank Herr Mayer für die Rückfragen, die mir Gelegenheit geben, über das strenge Zeitreglement der fünf Minuten hinaus noch etwas ausführen zu dürfen. Zu Ihren drei Fragen. Die erste Frage bezog sich darauf, wer solle denn besser als die Regierung feststellen, ob ihr eigener Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung betroffen ist. Ja, da kann man sagen: im Zweifelsfall Gerichte, Gerichte können das besser feststellen! Der Betroffene wird natürlich immer sagen, das ist jetzt ein Bereich, der sozusagen mir besonders zugeordnet ist, über den ich nichts preisgeben brauche. Nur, wenn Sie das darauf beschränken, dann findet natürlich auch keine Kontrolle statt. Wir haben aber Erfahrungen im Hinblick auf das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, wo immer wieder in einer parallelen Vorschrift sozusagen hier Informationen versagt wurden unter Berufung auf diesen Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung. Es gibt mehrere Gerichtsentscheidungen, die jeweils gesagt haben, hier war dieses Argument nicht stichhaltig, der Kernbereich war nicht betroffen. Und es wurde dann zurückverwiesen, um noch einmal zu prüfen, ob nicht doch nach dem IFG Auskünfte zu erteilen waren. Das bedeutet, es ist durchaus denkbar und kommt in der Praxis auch vor, dass man diesen Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung etwas anders sieht, als es beispielsweise ein Gericht sehen würde, und damit sozusagen



sich ein Stück weit abschottet, was durchaus in der Natur der Sache liegt, wenn es um eigene Interessen geht. Wenn wir aber sehen, dass die Bundesbeauftragte ja gerade eine dezidierte Kontrollinstanz ist, die genau auch diesbezüglich Kontrolle ausüben soll, dann muss man das natürlich so konzipieren, dass eine solche Kontrolle auch möglich ist. Es geht mir hier nicht darum, sozusagen im Einzelfall konkrete Vorwürfe zu erheben, dass es hier besondere Anlässe in der Vergangenheit gegeben hätte, jetzt gerade im Hinblick auf den Datenschutz. Sondern es geht um die Konzeption als solche, und es geht besonders darum, dass der EuGH hier strenge und strengste Anforderungen einfach stellt an die sogenannte völlige Unabhängigkeit. Und es geht mir hier natürlich bei meinem Sachverständigen-votum darum, Ihnen Hinweise zu geben, wo Sie bei einer bestimmten gesetzlichen Ausgestaltung, wenn die Sache dann doch zum EuGH käme, möglicherweise Probleme bekämen. So sehe ich meine Aufgabe hier, darauf hinzuweisen, wie die Rechtsprechung des EuGH hier ist. Und deswegen war ich hier eben auch skeptisch gerade bei dieser Ausgestaltung im § 23 Abs. 6 Satz 2. Was den Satz 1 betrifft, schließe ich mich auch noch einmal ausdrücklich Herrn Roßnagel an, dass die Vorschrift eher deklaratorischer Natur ist. Dass hier natürlich die Bindung an Gesetz und Recht und an die Verfassung selbstverständlich auch ohne diese Vorschrift wirken würde im Bereich der pflichtgemäßen Ermessensausübung. Und es geht mir auch noch einmal darum zu betonen, dass hier die Bundesbeauftragte und ihre oberste Bundesbehörde eben eine besondere Stellung hat, die mit anderen Verwaltungsbehörden nicht vergleichbar ist. Und dass hier dann auch selbstverständlich eine besondere Verantwortung mit einher geht. Das führt mich dann zu der zweiten Frage, wie man dieser Verantwortung gerecht werden kann. Da geht es natürlich selbstverständlich auch um die Frage der Ausstattung. Da kann ich mich auch dem, was Frau Voßhoff selbst hier ausgeführt hat, nur anschließen. Ich habe das in meiner schriftlichen Stellungnahme nicht weiter ausgeführt und ich bin auch kein Haushalts-experte. Ich kann also hier auch das nur erst einmal wiedergeben, was der EuGH zu der Stellung insgesamt gesagt hat, und natürlich das, was die europäische Datenschutz-Grundverordnung, die Herr Roßnagel ja auch schon zitiert hat, diesbe-

züglich fordert, und das ist natürlich eine amtsangemessene Ausstattung – und ich habe doch auch ganz bewusst in meinem Eingangsstatement an den Anfang gestellt die ganz besonders große Bedeutung der Bundesbeauftragten in einer Informationsgesellschaft, in einem Informationszeitalter, mit all diesen vielen Fragestellungen, mit den vielen Sachverhalten, mit denen sie es dann zu tun hat. Was damit einhergeht ist, dass man das nur effizient bewerkstelligen kann mit einer entsprechenden Ausstattung. Diese zu beziffern, obliegt mir hier nicht. Ich sehe aber – sozusagen zumindest, was das „ob“ betrifft – auch seitens des Europarechts, einfach schon hier die Notwendigkeit, eine amtsangemessene Ausstattung explizit hier im Gesetzgebungsprozess zu bedenken, damit nicht der Form halber hier eine solche Kontrollstelle geschaffen und ausgebaut wird, die dann aber nicht mit Leben gefüllt werden kann, weil die Ausstattung fehlt. Und das, was jetzt – im Grunde genommen – ja meine Aufgabe hier ist, die Rechtsprechung des EuGH noch einmal herunter zu brechen auf Ihren Gesetzentwurf, betrifft auch die dritte Frage, nämlich die Frage nach diesem Vorschlagsrecht. Natürlich, in der Tat, die Frage ist nicht einfach zu beantworten. Weil – in der Tat – verschiedene Alternativen im Raume stehen, die alle sozusagen durchaus weitere Fragen aufwerfen. Und deswegen wollte ich mich auch nicht dazu durchringen, von vornherein zu sagen, das geht gar nicht mit dem Vorschlagsrecht. Weil die Alternativen ihrerseits auch ähnliche Folgefragen haben. Worauf ich hinweisen wollte war natürlich, dass der EuGH einfach hier sehr kritisch ist im Hinblick auf diesen Anschein, der entstehen kann, wenn jetzt die Bundesregierung hier sozusagen diesen Vorschlag selbst unterbreitet. Mir geht es darum, dass am Ende das Verfahren transparent geregelt wird, dass hier im Grunde genommen, wie gesagt, ein Anforderungsprofil, zum Beispiel, – Herr Richter Schild hatte das angesprochen – auch durch den Bundestag erstellt wird, was Fachkompetenz und andere Dinge betrifft. Und dann muss man das Verfahren eben so gestalten, dass dieser Anschein eben möglichst vermieden wird. Ich kann Ihnen aber jetzt in der Kürze der Zeit nicht das Gesetz dafür bereits formulieren, sondern nur sozusagen sensibilisieren dafür, dass der EuGH hier einfach kritisch auf diese Dinge schaut. Danke.



Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Die Bundesbeauftragte, bitte.

SV **Andrea Voßhoff** (Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit): Ja, um auf die Frage zu antworten, ob mit dem Gesetzentwurf beabsichtigt sei, die BfDI aus Berlin fernzuhalten, würde ich sagen: Ich weiß es nicht, was die Motive des Gesetzgebers sind. Aber mit dem Dienstsitz in Bonn, glaube ich, kann man nicht so argumentieren, dass damit die BfDI politisch ferngehalten wird. Sie wissen, der Bundesrechnungshof hat ebenfalls seinen Sitz in Bonn. Manchmal kann man auch argumentieren, dass eine gewisse räumliche Distanz auch nicht schadet, einfach auch mit Blick auf die Unabhängigkeit. Aber es gibt auch noch einen ganz praktischen Grund. Wenn Sie die Aufgabenstellung der BfDI betrachten, dann gehört neben der Kontrolle der Bundesregierung und der Beratung des Bundestages natürlich auch die Überprüfung der Telekommunikations-Unternehmen und ein zunehmend stärkeres Einbringen auch in der Frage der Weiterentwicklung des Europäischen Datenschutzrechtes in Brüssel dazu. Da ist Bonn gar nicht so weit entfernt, sondern liegt in vielen Bereichen – auch der Kontrolle – relativ zentral. Ich darf an der Stelle auch gleich betonen, dass wir seit 2008 ja das Verbindungsbüro in Berlin haben. Wenn Sie so wollen: eine funktionale Außenstelle, keine territoriale, eine funktionale Außenstelle, die personell sehr gut besetzt ist, die Referate spiegelt und das Gesetzgebungsvorhaben in Berlin nicht nur sehr aufmerksam registriert, sondern sich dort auch sehr intensiv – sozusagen – im Rahmen des Ausschuss-Zuhörens beteiligt. Je mehr Personal wir hätten, umso intensiver könnten wir das ausüben. Aber deshalb muss und kann und soll und darf der Dienstsitz durchaus in Bonn bleiben. Das bewerte ich so aus vielerlei Gründen heraus, auch mit Blick auf das Bonn-Berlin-Gesetz, aber eben auch aus Gründen heraus, dass aus Bonn die Aufgabenstellung eher einfacher zu erledigen ist als von Berlin aus. Ich darf in diesem Zusammenhang dann auch gleich auf die Vorschläge, die hier auch gemacht wurden, eingehen: Also ich würde die Frage danach, ob der jeweilige Beauftragte oder die jeweilige Beauftragte den Dienstsitz wählt – nicht den eigenen Dienstort, sondern den Dienstsitz – für nicht so sehr sinnvoll halten. Wenn ich mir in der Konsequenz vorstelle, dass die Behörde dann – je nach Zeitraum und auch

immer komplett sozusagen – in irgendeiner Art und Weise wechseln müsste, dass das dann entsprechende Folgen hat, von denen ich meine, dass das nicht sinnvoll und geboten ist. Individuell entscheidet ja jeder BfDI, wo er seinen persönlichen Dienstort einnimmt und demzufolge auch den einen oder anderen Schwerpunkt setzt. Ich würde auch meinen wollen, dass es für den Vorschlag – ich glaube von den GRÜNEN war er – zwei gleichwertige Dienstsitze einzurichten, keinen Grund gibt. Nach meinem Kenntnisstand gibt es kein vergleichbares Beispiel einer obersten Bundesbehörde, die in dieser Weise agiert. Alle haben – auch zum Beispiel der Bundesrechnungshof – solche funktionalen Außenstellen. Und so bin auch ich der Auffassung, dass eine zweite, gleichwertige Dienststelle, dann mit den entsprechenden, möglicherweise auch verwaltungstechnischen Aufwendungen und Folgen, nicht notwendig ist. Weil die Effizienz der Arbeit durch den Dienstsitz in Bonn und das Verbindungsbüro in Berlin – und das können Sie sicherlich auch in der Zusammenarbeit mit der Behörde in den vergangenen Jahren feststellen – in keiner Weise gelitten hat. Daher glaube ich sagen zu können – ob ferngehalten von Bonn oder nicht, von Berlin oder nicht –, dass die BfDI von Bonn aus, mit einem Verbindungsbüro in Berlin, in exzellenter Weise die Aufgabe erledigen kann. Natürlich immer vorausgesetzt, das notwendige Personal und die Ausstattung sind gegeben.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Vielen Dank. Herr Kollege Reichenbach.

BE Abg. **Gerold Reichenbach** (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Zunächst auch von mir ein Danke an die Gutachter, auch angesichts der Tatsache, dass sie uns so relativ kurzfristig zur Verfügung stehen mussten. Ich habe drei Fragenkomplexe. Eine Frage nur zum Verständnis an Herrn Prof. Gärditz: Würden diese Einschränkungen, die Sie auch aus verfassungsrechtlichen Gründen gemacht haben, was das Zeugnisverweigerungsrecht betrifft oder besser die Zeugniserlaubnis – so herum – betrifft, würden die Ihrer Ansicht nach dann eigentlich auch für den Bundesrechnungshof gelten müssen. Und sehen Sie darin ein Versäumnis, dies dort nicht geregelt zu haben? Dann habe ich noch einmal eine Frage zum gleichen Komplex, und zwar zur Erlaubnis, etwas auszusagen nach § 23. Die Frage richte ich an



Herrn Prof. Heckmann, Herrn Prof. Roßnagel und an Herrn Schild. Das eine bezieht sich auf den Satz 1. Gehe ich richtig in der Annahme, dass dort lediglich deklaratorische Funktionen niedergelegt sind, also etwa, was den Schutz von Grundrechten Dritter betrifft oder hinsichtlich der Frage der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland? Das heißt, meine Frage ist die, ob sich da faktisch etwas ändern würde hinsichtlich der Möglichkeit der BfDI zur Aussage, wenn wir diesen Satz nicht im Gesetz hätten? Die zweite Frage ist – auch an alle Herren – noch einmal gerichtet: Ich weiß, auf hoher See und vor Gericht ... Aber wie schätzen Sie denn persönlich das Risiko ein, sollte es zu einem Verfahren vor dem EuGH kommen, dass diese Regelung im § 23 dann negativ moniert wird. Und die dritte Frage, die mir so auch noch nicht ganz klar war, geht an Herrn Schild, nämlich die Frage nach dem Personalübergang: Wie könnte der sinnvollerweise geregelt werden? Die Frage betrifft also die Problematik, die Sie angesprochen haben, dass sozusagen mit Inkrafttreten des Gesetzes dann die Planstellen sich bei der BfDI befinden, das Personal aber im BMI.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Professor Gärditz.

SV **Prof. Dr. Klaus Gärditz** (Universität Bonn, Lehrstuhl für Öffentliches Recht): Ja, vielen Dank Herr Reichenbach. Ich bin kein Haushaltsrechtler, deswegen kenne ich, ehrlich gesagt, die konkrete Lage nach Bundesrechnungshofgesetz für den Bundesrechnungshof jetzt auch nicht. Keine Regelung – das glaube ich auch – wäre wohl dann tendenziell ein Defizit. Ich vermute einmal, dass man sich im Rahmen des Bundesrechnungshofes über eine konkrete Regelung keine Gedanken gemacht hat. Das liegt vielleicht einfach daran, dass die Rechnungshofkontrolle typischerweise nicht mit Informationen konfrontiert wird, die den Kernbereich betreffen, weil sein Auftrag nach Artikel 114 Grundgesetz die Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung betrifft und die Haushaltsführung ohnehin einer vollständigen parlamentarischen Kontrolle unterliegt. Also beim Bundesrechnungshof gibt es innerhalb seines Funktionskreises eigentlich nichts, was nicht ohnehin der Bundestag aufklären kann. Ich bin mir aber nicht sicher, ich bin kein Haushaltsrechtler. Ich kann Ihnen nur etwas sagen für den Bereich der Justiz. Nehmen Sie den § 46 des

Deutschen Richtergesetzes, der verweist auf das allgemeine Beamtenrecht. Was einem Richter nicht im Rahmen des Beratungsgeheimnisses bekannt geworden ist, was er kennt aus den Akten oder der mündlichen Verhandlung oder aus dem Verhalten von Anwälten und von Parteien – da muss er sich von seinem Präsidenten eine Genehmigung holen. Und der Präsident kann wiederum vom Justizminister des Landes oder des Bundes angewiesen werden, diese Genehmigung zu versagen. Also das war mein Analogon, zum Bundesrechnungshof kann ich mich jetzt nicht abschließend äußern. Nun zu Ihrer Frage, wie das Risiko ist, vor dem EuGH kassiert zu werden. Ich kann da Prognosen immer schwer abgeben, gerade weil der EuGH mit seiner sehr funktionalen Rechtsprechung oftmals für uns besonders überraschende Ergebnisse produziert. Ich würde aber sagen, die Wahrscheinlichkeit ist sehr gering, dass wir mit einer schlichten Regelung zur Aussagegenehmigung unionsrechtliche Probleme erhalten werden, weil Aussagegenehmigungen ubiquitär in der Rechtsordnung auch anderer Mitgliedsstaaten verbreitet sind. Der EuGH war sich mit seiner Rechtsprechung auch seinerzeit sehr bewusst – der Berichterstatter der ersten Entscheidung war Herr Thomas von Danwitz, ein deutscher Richter –, dass er unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips sich sehr weit aus dem Fenster lehnt und – ich sage einmal – auch die Grenzen ausgelotet hat. Ich denke, dass der EuGH – auch vor dem Hintergrund des Artikel 4 Abs. 1 Satz 2 EUV – seit dem Lissabon-Vertrag besonders den Schutz der nationalen Verfassungsstrukturen betont und im Zweifel sagen wird, die Details der Ausgestaltung der Unabhängigkeit sind da eine Frage des nationalen Rechts. Und ein solches peripheres Problem wie die Aussagegenehmigung – das wird nicht unionsrechtlich durchdeterminiert sein. Allenfalls kann man sagen, dass vielleicht der EuGH fordern könnte, dass es überhaupt die Möglichkeit einer Aussage geben muss, soweit das kontrollinhärent notwendig ist. Ich wäre mir da aber nicht so sicher. Für die derzeit vorgeschlagene Regelung sehe ich keine unionsrechtlichen Probleme. Dankeschön.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Professor Heckmann.





**SV Prof. Dr. Dirk Heckmann** (Universität Passau): Ja, vielen Dank. Das waren auch zwei Fragen an mich. Bezüglich des § 23 Abs. 6 – einmal Satz 1 und dann Satz 2. Der Satz 1 ist in der Tat deklaratorisch. Man stelle sich vor, eine solche Regelung sagt ja nichts anderes als: die Bundesbeauftragte darf keine Grundrechte verletzen. Ja, das – würde ich sagen – würde auch gelten, wenn das nicht da stünde. Und sie tut es ja auch nicht. Von daher meine ich, ja, es ist natürlich im Gesamtkontext zu sehen auch mit Satz 2. Gerade der Unterschied: in dem einen Fall hat sie die Eigenverantwortung, diese Abwägung zu treffen, zu subsumieren, den Beurteilungsspielraum auszuüben. – In dem anderen Fall wird ihr das abgenommen von der Bundesregierung und sie natürlich ein Stück weit entlastet. Was ja durchaus faktisch als Vorteil angesehen werden könnte, man trägt die Verantwortung nicht. Aber man wird auch nicht der Verantwortung gerecht, die man in diesem Fall hat, wie ich vorhin schon ausgeführt habe. Also, in der Tat: deklaratorischer Natur. Auch kein Risiko vor dem EuGH. Der hat nichts dagegen, dass man etwas noch einmal zur Klarstellung hineinschreibt. – Aber, der Satz 2 – der ist wirklich nicht ganz unproblematisch. Ich zitiere, oder ich benenne ein Urteil des EuGH vom 16. Oktober 2012. Da ging es um Österreich, und dort wiederum um eine Regelung, die relativ harmlos erschien. Nämlich, der dortige Bundeskanzler hatte das Recht zur Unterrichtung über Gegenstände der Geschäftsführung der Kontrollstelle. Eine bloße Unterrichtung, Information über diese Dinge. – Wurde vom EuGH aufgehoben, es wurde gesagt, das verstößt gegen Europäisches Recht. Darin zeigt sich eben, dass in Österreich die Datenschutzstellen, eben die Kontrollstellen, nicht unabhängig genug sind. Das heißt, wir haben hier durchaus eine strenge Sicht des EuGH, der hier in verschiedenen Einzelfällen – die in der Problematik durchaus, sozusagen, teilweise weniger relevant erscheinen als die hiesige Vorschrift – haben wir hier eine Tendenz, sehr kritisch darauf zu schauen. Und wenn es eben heißt: im Einvernehmen, also Genehmigungsvorbehalt und so weiter, dann ist das immer etwas, was die Alarmglocken ein bisschen läuten lässt. Und: ich kann auch nicht vorhersagen, ob das am Ende so entschieden würde, aber es wäre aus meiner Sicht als Sachverständiger wahrscheinlich hier problematisch, dies zu verharmlosen.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Professor Roßnagel bitte.

**SV Prof. Dr. Alexander Roßnagel** (Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht): Ja, vielen Dank. Ich sehe die Dinge genauso wie Herr Heckmann. – Ob dieser Satz im Gesetz darin steht oder nicht, wird an der materiellen Rechtslage nichts ändern. Die Nachteile für das öffentliche Wohl, die Grundrechte, die Rechte der Exekutive müssen von der Datenschutzbeauftragten so und so berücksichtigt werden. Es wäre nur eine Frage der Klarstellung. Und dann muss ich mich noch einmal wiederholen, ich hatte das vorhin schon angedeutet: Dann sollte aber auch klargestellt werden, dass das öffentliche Informationsinteresse bei Rechtsverletzungen oder Missständen auch erwähnt wird, sodass man dann eine umfängliche Klarstellung hat.

Zu dem Risiko, wie der EuGH entscheiden würde, würde ich mich Herrn Heckmann anschließen. Ich sehe es genauso. Also die rein periphere Regelung in Österreich hat dazu geführt, dass der EuGH die Regelung in Österreich für unionsrechtswidrig gehalten hat. Wenn man die Gründe für die Entscheidung von 2010 gegen Deutschland und die von 2012 gegen Österreich zusammenfassend betrachtet, kann hier gar nichts anderes herauskommen, als eine Feststellung, dass die Regelung unionsrechtswidrig ist. Gegenüber einer Erkundigung geht es hier erheblich weiter, weil die Bundesregierung mit der Verweigerung der Erlaubnis unter Hinweis auf die Exekutiv-Rechte es ausschließen könnte, dass die Datenschutzbeauftragte in Untersuchungsausschüssen über bestimmte Bereiche aussagt. Da kann man nicht von einer völligen Unabhängigkeit sprechen, wenn diese Möglichkeit, Handeln zu verhindern, besteht. Das reicht erheblich weiter in die Rechte der Bundesdatenschutzbeauftragten hinein oder greift erheblich mehr in die Amtsbefugnisse der Bundesdatenschutzbeauftragten ein als die Möglichkeit, sich über den Sachstand eines bestimmten Verfahrens zu erkundigen. Wenn das schon ausreichend war für den EuGH, dann ist diese Regelung erst recht ausreichend, um das für unionsrechtswidrig zu entscheiden.

Ich würde noch gern, wenn man jetzt den Satz 1 betrachtet, darauf hinweisen, dass dieser – ich möchte sagen – schwierig zu vollziehen formuliert



ist, weil die Wahrscheinlichkeit von Nachteilen für die Sicherheit der Bundesrepublik sehr weit nach vorne verlegt ist, und das Gleiche gilt für Grundrechtsverletzungen. Also, wenn Grundrechtsverletzungen überhaupt möglich sein könnten. Wann können die nicht möglich sein? Nahezu immer. Das Gleiche gilt für Nachteile für die Sicherheit der Bundesrepublik, wenn die zu besorgen sind. Wann sind die nicht zu besorgen? Also der Bereich, der dann bleibt noch für Zeugenaussagen, ist relativ gering. In dem Vorschlag, den die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vorgelegt hat, wird dies präziser formuliert. Da geht es dann darum: die Bundesbeauftragte darf nicht aussagen, wenn Grundrechte verletzt würden, oder sie darf nicht aussagen, wenn die Sicherheit gefährdet würde. Das erscheint mir nachvollziehbarer und besser handhabbar als die Regelung, die jetzt im Gesetzentwurf steht.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Schild bitte.

SV **Hans-Hermann Schild** (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Wiesbaden): Ja, zur Zeugenaussage. Da haben wir insgesamt auch ein gesetzssystematisches Problem. Wir haben im Absatz 5 eine Regelung, und wir haben im Absatz 6 eine Regelung. Da heißt es nämlich im Absatz 5 Satz 3 des Entwurfes: „Die oder der Bundesbeauftragte entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und inwieweit sie oder er über solche Angelegenheiten vor Gericht oder außergerichtlich aussagt oder Erklärungen abgibt.“ Das ist das eine, das pflichtgemäße Ermessen. Auf der anderen Seite geht man dann hin und sagt, sie darf als Zeugin aussagen, es sei denn ... Welche unterschiedlichen Aussagen sollen das eigentlich sein? Das ist mir nicht ganz klar. Aussagen kann ich als Zeuge, aussagen kann ich als Sachverständiger – als Sachverständiger dürfte sie auch nach dieser Gesetzesthematik die Grundrechtsverletzung zur Folge haben. Das kann nicht sein. Das kommt davon, wenn man ein Artikel-Gesetz macht und versucht, ein vorhandenes Gesetz zu ändern. Das ist die Problematik an der Geschichte, das kenne ich. Aber da sollte man vielleicht insgesamt einmal darangehen und die beiden Absätze kongruent machen, wenn man überhaupt daran gehen will –oder nicht will. Eigentlich sollte man es machen, damit hier keine Missverständnisse entstehen und eine gewisse Rechtsklarheit – das

Bundesverfassungsgericht fordert ja die Normenklarheit – also eine Normenklarheit entsteht. So, das ist das eine. Zum anderen ist es das mit der Gefährdung. Wenn ich das Ermessen habe, dann muss ich diese Punkte, die in Absatz 6 Satz 1 aufgenommen werden, nämlich die Nummer 1 und 2, eigentlich in das Ermessen mit einstellen, sonst kann ich kein Ermessen ausüben. Insoweit ist das schon in Absatz 5 enthalten. Also haben wir jetzt eine doppelte Ermessensausübung oder wie soll ich das verstehen? Das ist mir auch nicht so ganz klar. Weiter zu Satz 2, da hatte ich auch noch einmal überlegt, ob es vielleicht reichen würde, wenn man „in das Benehmen“ setzen würde. Aber wenn man zum einen die Entscheidung zu Österreich sieht, es gibt noch eine dritte Entscheidung zu Ungarn, da ist der EuGH mit dieser Verknüpfung schon ziemlich eng. Das heißt also, wenn man vielleicht sagen würde, nach der Anhörung der Bundesregierung entscheidet sie nach Ermessen. Das heißt, diese Verpflichtung, die BReg wenigstens zu hören oder das zuständige Fachministerium zu hören, das wäre aus meiner Sicht wahrscheinlich so europarechtskonform, dass wir nichts vom EuGH zu befürchten hätten, wenn Sie danach fragen. Was den Personalübergang betrifft, gibt es zwei Möglichkeiten: entweder Sie machen es so, wie ich es für rechtlich bedenklich halte, wie Sie es geregelt haben im SGB-Bereich bei den Jobcentern, indem Sie einfach das gesamte Personal kraft Gesetzes versetzt haben. Oder aber, Sie regeln es im Bundespersonalvertretungsgesetz, oder Sie schaffen im Bundespersonalvertretungsgesetz eine Übergangsregelung, sodass eine personalvertretungsrechtliche Aufnahmeregulation bei der neuen Behörde durch einen – wie auch immer – zu schaffenden Personalrat entsteht. Als Übergangspersonalrat müsste man das dann bezeichnen, sodass der abgebende und der aufnehmende Personalrat entsprechend beteiligt werden kann. Außerdem sollte auch durch irgendetwas sichergestellt werden, dass zumindest ein Teil des Personals übernommen werden kann.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Kollege Korte.

BE Abg. **Jan Korte** (DIE LINKE.): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Also auch wir sind jetzt natürlich auch erst einmal begeistert, dass nach 20 Jahren es eine Bundesregierung schafft, eine europäische



Vorgabe umzusetzen oder besser gesagt, versucht umzusetzen. Das ist erfreulich. Ich hätte eine erste Frage zu Bonn, das will ich gar nicht aufrufen, das ist vielleicht auch einfach nur anachronistisch, also, einmal alles sonst beiseitegelassen, es ist aber ja nicht das Hauptproblem. Das Hauptproblem ist auch nach unserer Sicht, und das wäre meine erste Frage, der § 23. Meine Frage geht an die Professoren Garstka, Aden und dann noch einmal mit einer praktischen Variante an die Kollegin Voßhoff. Ich will das noch einmal in Erinnerung rufen. Es heißt ja in dem Gesetzentwurf folgendes: Betrifft die Aussage laufende oder abgeschlossene Vorgänge, die dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung der Bundesregierung zuzurechnen sind – und jetzt kommt es – oder auch sein könnten – Ausrufezeichen, Ausrufezeichen – darf die oder der Bundesbeauftragte nur im Einvernehmen – Ausrufezeichen – mit der Bundesregierung aussagen. Da würde mich noch einmal interessieren, wie Sie das eigentlich einschätzen. Sowohl diese Aufnahmen der Begriffe „könnten“ und „Einvernehmen“, wozu das eigentlich in der Konsequenz führt. Denn was der Kollege Mayer eingangs sagte, also die Frage Kernbereich, das ist ja bei dieser Bundesregierung alles, das ist ja jede Frage, die ein Parlamentarier oder sonstwer stellt, – wird nicht beantwortet mit der Aussage, dass sie den Kernbereich betrifft. Deswegen würde mich das von Ihnen noch einmal interessieren, wie Sie das eigentlich einschätzen würden. Und dieselbe Frage an die Bundesdatenschutzbeauftragte, vielleicht könnten Sie ja einmal ein, zwei Beispiele nennen, wo die Anwendung dieses Gesetzes, sollte es denn so beschlossen werden, was ich in dieser Form natürlich nicht hoffe, was das für Sie eigentlich bedeuten würde, bei all den Debatten, die wir ja auch in dieser Legislaturperiode geführt haben. Meine zweite Frage an Prof. Garstka: Sie hatten das ja in Ihrem Eingangsstatement einmal angedeutet. Eigentlich wäre ja aufgrund der Zeiten, in denen wir uns so bewegen, also Datenschutz, Snowden und vieles andere mehr, der große Wurf notwendig. Und Sie hatten eben ein paar Vorschläge gemacht, was wären denn über den Gesetzentwurf hinausgehende Vorschläge, wie man eine wirkliche substantielle Stärkung der Bundesbeauftragten, ihrer Kompetenzen herbeiführen könnte. Was gäbe es da noch für konkrete Ideen, die wir vielleicht noch aufnehmen könnten? Und zum Dritten noch

eine Frage an Frau Voßhoff. Sie haben das ja relativ bescheiden, aber doch relativ klar gesagt, mit den vier Stellen, die vorgesehen sind, das ist natürlich ein bemerkenswerter Witz. Also man macht eine oberste Bundesbehörde daraus, was ich im Grundsatz sinnvoll finde, und dann gibt es also vier Stellen mehr. Mich würde das mit diesen vier Stellen noch einmal interessieren: Wie wollen Sie das stemmen? Und wie bewerten Sie das dann mit der Tätigkeit in Ihrem Haus, wenn das IT-Sicherheitsgesetz, das ja demnächst beschlossen wird, dagegen zum Beispiel in den Bereichen 80 neue Stellen für das BKA, 55 neue Stellen für das BAV vorsieht? Wie wollen Sie da eigentlich noch hinterherkommen?

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Professor Aden bitte.

SV **Prof. Dr. Hartmut Aden** (Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin): Vielen Dank für die Frage. In der Tat ist der zweite Satz des Absatzes 6 besonders problematisch formuliert, weil der Kernbereich dort im Allgemeinen genannt ist und dann auch noch mit der sehr vagen „könnte“-Formulierung. Wenn ich noch einmal in Erinnerung rufen darf, dass der Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung vor allem die Entscheidungsfindung angeht, dann kann es sicherlich nicht sein, dass darin alle möglichen weiteren Vorgänge einbezogen werden. Andererseits haben wir in dem Entwurf für den Absatz 5 schon die Abwägungsformulierung, wo sich auf der einen Seite die Belange der Geheimhaltung solcher noch nicht abgeschlossenen Vorgänge befinden, auf der anderen Seite aber auch das Aufklärungsinteresse der Öffentlichkeit in die Abwägung einzustellen ist – so wie das übrigens der Änderungsantrag auch noch einmal ganz explizit formuliert. Insofern halte ich die Formulierung, so wie sie in Satz 2 steht, für nicht wirklich erforderlich. Sondern es wird in der Praxis viele Probleme geben hinsichtlich der Frage, was ist eigentlich noch Kontroll- und Aussagegegenstand und was ist exekutive Eigenverantwortung und muss deswegen unter der Decke gehalten werden. Ich finde allerdings auch bezüglich des 1. Satzes, dass es sich nicht nur um eine deklaratorische Aussage handelt. Da würde ich Herrn Roßnagel noch einmal ausdrücklich zustimmen. Denn die Formulierung lautet ja eindeutig, „es sei denn ...“ – das heißt, es gibt für diese sehr vage formulierten



Fälle keine Berechtigung der Beauftragten auszusagen. Und da haben wir wiederum diese sehr vagen Anknüpfungsformulierungen bei den Grundrechtsverletzungen, wo nur eine Möglichkeit („könnte“) ausreichen soll – und dann die „zu besorgen“-Formulierung bei den Nachteilen für Wohl und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland. Das sind sehr vage Formulierungen, die überhaupt nicht hilfreich sind, um in der Praxis zu vernünftigen Entscheidungskriterien und zu vernünftigen Entscheidungen zu kommen. Deswegen sollte man das entweder sehr viel präziser formulieren oder aber ganz weglassen aus dem Gesetz.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Professor Garstka.

**SV Prof. Dr. Hansjürgen Garstka** (Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät): Auch zu diesem Punkt. In meiner über 25jährigen Tätigkeit als Mitarbeiter und dann selbst als Datenschutzbeauftragter ist mir das Argument, der Kernbereich der exekutiven Tätigkeit sei berührt, niemals begegnet. Ich kann mir da auch keinen Fall vorstellen. Im Übrigen meine ich, dass diese Bestimmung falsch verortet ist. Denn, wenn dieser Kernbereich berührt wäre, dann müsste man natürlich die Bundesregierung ermächtigen, die Unterlagen der Kontrolle vorzuenthalten und nicht erst, nachdem eine Kontrolle stattgefunden hat, hinterher der Bundesbeauftragten den Mund verbieten. Den Argumenten, die gerade eben schon vorgetragen worden sind, stimme ich voll zu. Wenn überhaupt, sind diese Bestimmungen viel zu vage gefasst, und diese Konjunktive lassen ja jeden Raum – ich sage bewusst jetzt einmal – für Willkür durch die Regierung. Und dieses Haus, das ist ja auch schon gesagt worden, ist davon ja betroffen. Wenn wir an einen Untersuchungsausschuss denken, heißt diese Bestimmung, dass die Bundesregierung Aussagen verhindern kann einfach mit dem Argument, es könnte der Kernbereich verletzt sein. Die zweite Frage, welche substanzielle Verbesserung der Tätigkeit wünschenswert wäre: Ich fange einmal mit den Sanktionen an. Natürlich darf es keinen Bereich der Telekommunikation und der Postdienste geben, der ausgenommen wird von einer unabhängigen Sanktionsverfolgung. Da müssen Verbesserungen kommen. Die Bundesbeauftragte muss in diesem Bereich wie bei den Landesbe-

auftragten im privaten Bereich im Übrigen, zumindest eine Ordnungswidrigkeitsfunktion hinzubekommen. Unter Umständen sogar das Strafantragsrecht. In diesem Bereich sind ja bestimmte Verstöße gegen das Datenschutzgesetz Straftaten, die antragspflichtig sind. Aber hier sollte die Bundesbeauftragte die Möglichkeit haben, für sich den Antrag zu stellen. Denn aus meiner Berliner Erfahrung gibt es Konstellationen, in denen ein Strafantrag deswegen nicht gestellt wird, weil der Verletzte selbst der Begünstigte ist, etwa im kriminellen Bereich. Hier wäre ein Antragsrecht aus meiner Sicht sehr angebracht. Dann hatte ich am Ende meines Beitrages schon darauf hingewiesen, meines Erachtens würde es die Stellung der Bundesbeauftragten sehr verstärken, wenn sie die Möglichkeit hätte, von sich aus Zutritt zum Bundestag zu haben. Und zwar nicht nur im dem Sinne, sich an den Bundestag wenden zu können – also einen Brief schreiben –, sondern in dem Sinne, tatsächlich physisch anwesend zu sein und dann auch das Rederecht zu erhalten. Ich habe darauf hingewiesen, dass das in Berlin so geregelt war und das sehr positiv vom Parlament auch aufgenommen wurde. In Berlin hat das zum Beispiel die praktischen Auswirkungen, dass der Berliner Beauftragte an einer Vielzahl von Ausschusssitzungen von sich aus, ohne gerufen zu werden, teilnehmen kann und er dann selbst entscheiden kann, ob er aufgrund der Debatten in den Ausschüssen irgendwelche Initiativen ergreift. Sei es, dass er Kontrollmaßnahmen durchführt, sei es, dass er Änderung von Gesetzen vorschlägt oder dergleichen mehr. Das würde meines Erachtens – dies auch für die Öffentlichkeit im Übrigen – die Funktion und die Stellung der Bundesbeauftragten sehr stark verbessern. Danke.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Andrea. Die Bundesbeauftragte bitte.

**SV Andrea Voßhoff** (Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit): Mindestens, Herr Garstka, den Tätigkeitsbericht selbst vorstellen zu können im Parlament – das wäre ja schon einmal etwas. Ich antworte auf die Frage des Herrn Abgeordneten Korte. Auch hier kann ich vielleicht ein bisschen daran anschließen, was Herr Garstka gerade gesagt hat. Ich bin ja noch nicht allzu lange im Amt, aber ich habe gefragt: wie und in welcher Weise, was kennen wir – oder was könnten denn Anwendungsfälle



sein? Und jetzt, sage ich einmal, das normale Prüf-  
recht, das die BfDI hat, da würde ja eigentlich  
schon der Logik entsprechend, die Bundesregie-  
rung die Vorlage von bestimmten Unterlagen mit  
Hinweis auf den Kernbereich verweigern; und  
dann müsste gegebenenfalls gerichtlich geklärt  
werden, ob zurecht. Jetzt sind wir aber hier bei  
der Frage der Zeugenstellung. Wenn man einmal  
ein theoretisches Beispiel beschreibt, was über-  
haupt nur in Frage käme und diesen Fall tangiert,  
dann könnte das vielleicht so aus-sehen: die Bun-  
desregierung stellt gewisse Überlegungen an, in  
welche Richtung auch immer, und der Meinungs-  
bildungsprozess lässt sich zum Beispiel von  
einem Ressort, das deren Fachaufsicht unterliegt,  
gewisse Zuarbeiten machen. Und aus welchen  
Gründen auch immer, werden diese Zuarbeiten –  
was auch immer – öffentlich. Sobald die BfDI,  
auch durch entsprechende Schlagzeilen oder The-  
menstellungen in den Medien, Kenntnisse von  
Themenstellungen erlangt, die ihren Prüfbereich  
betreffen, wird sie natürlich aktiv und fragt bei  
der zuständigen Behörde nach, was ist denn dran  
an dem, was man da liest? Allenfalls solche Über-  
legungen und Planungen könnten – wenn ich an  
die zuständige Behörde herantrete, weil ich ja  
dann auch entsprechend ein Auskunftsrecht habe  
und es mir gegeben werden müsste, – allenfalls  
solche Überlegungen und Planungen könnten,  
vielleicht deshalb, weil sie sich noch im laufen-  
den Meinungsbildungsprozess der Bundesregie-  
rung befinden, so eine Konstellation haben, dass  
das, was in den Unterlagen sich befindet, was da  
vorbereitet wird, vielleicht diesen Kernbereich  
tangiert. Das wäre zum Beispiel eine mögliche  
Konstellation – in einem stärkeren Umfange  
wüsste ich jetzt nicht, wie und in welcher Weise  
es aufkommen sollte. Aber die Anzahl der mög-  
lichen Fälle soll nicht den Grundsatz der Frage-  
stellung, ob man es regeln soll, ändern. Aber da  
komme ich vielleicht auch noch zu dem Punkt,  
der hier ja auch genannt wurde, zu dem Kritik-  
punkt, den ich auch noch ein Stückchen weiter-  
gehend sehe. Also, wenn ich die Regelung, so wie  
sie jetzt gefasst ist, nehme – „Betrifft die Aussage  
laufend abgeschlossene Vorgänge, die dem Kern-  
bereich exekutiver Eigenverantwortung der  
Bundesregierung zuzurechnen sind oder sein  
könnten ...“ –, dann ist hier ja nicht nur eine sehr  
weitgehende Interpretation der Regelung möglich.  
Ich persönlich würde meinen, im Lichte der Viel-

zahl der Entscheidungen des Bundesverfassungs-  
gerichts, die auch zur Frage der Begrenzung des  
Kernbereiches – wie ich finde – relativ klare  
Aussagen treffen, würde ich meinen, wenn der  
Gesetzgeber das so verabschiedet, bewegt er sich  
da auch an einem sehr schwierigen Punkt. Ob das  
verfassungsgerichtlich halten würde, wage ich ein  
Stück weit zu bezweifeln. Das liegt letztendlich  
nicht – logischerweise – in meinem Verantwor-  
tungsbereich oder Entscheidungsbereich. Aber ich  
warne sehr davor, denn das Verfassungsgericht  
hat in vielfältigen Entscheidungen, zuletzt zum  
BND-Untersuchungsausschuss, dort Kriterien ge-  
nannt – und ob die diesen Vorgaben entsprechen,  
das wage ich zu bezweifeln. Im Übrigen können  
Sie meiner Stellungnahme ja auch entnehmen,  
dass ich dafür votiere, diese Regelung zu streichen  
– wie insgesamt die Ausnahmeregelungen –, weil  
ich meine, dass durch den Anspruch einer Behör-  
de nach Artikel 20 Grundgesetz etc. – in jeder  
Hinsicht die Bundesbeauftragte bei einer entspre-  
chenden Überprüfung oder bei pflichtgemäßem  
Ermessen – wie es im Gesetz heißt – die notwen-  
digen Vorgaben, die hier genannt sind, durchaus  
zu berücksichtigen hat. Ihre zweite Frage, Herr  
Korte, bezog sich auf die Anzahl der Personal-  
stellen. Also genauer gesagt: es sind im Gesetzent-  
wurf vier plus zwei Stellen, also sechs Stellen, als  
notwendige Voraussetzung genannt, um die  
Umstrukturierungsmaßnahmen umzusetzen. Dies-  
bezüglich hatte ich schon in meiner Stellungnah-  
me gesagt, dass die in jeder Hinsicht aus unserer  
Sicht nicht ausreichend sind. Ich darf daran  
erinnern, dass eine künftige oberste Bundesbe-  
hörde ja den kompletten, wenn Sie so wollen,  
Verwaltungsapparat beinhalten muss. Ich habe die  
notwendige Aufstellung, die dazu notwendigen  
Daten, ja auch in unserem Positionspapier ge-  
nannt die erforderlich sind, um ein solche oberste  
Bundesbehörde auf den Weg zu bringen. So klein  
sie auch ist, sie bedarf aber der grundsätzlichen  
Struktur wie die einer jeden obersten Bundes-  
behörde, und demzufolge sind diese sechs Stellen  
nicht ausreichend. Darüber hinaus - ich betone es  
noch einmal - habe ich auch aus grundsätzlichen  
Erwägungen heraus bereits gesagt: wenn die Un-  
abhängigkeit herzustellen ist, dann muss sie auch  
die Funktionalität betreffen und das Augenmerk  
auch darauf richten und lenken wollen, dass die  
Frage – sozusagen nach dem Bedarf – nicht nur  
gemessen an der Umstrukturierung dieser



Behörde zu stellen ist, sondern darüber hinausgehend auch die Sicherstellung der weiteren Funktionsfähigkeit nicht ignoriert werden darf und – wie ich auch meine – nicht ausschließlich und allein etwaigen Haushaltsverhandlungen überlassen werden sollte. Ich habe mir einmal die Zahlen geben lassen, wie und in welcher Weise sich der Stellenaufwuchs der BfDI in den vergangenen 14 Jahren seit 2000 darstellt. Das ist, bis auf den Stellenaufwuchs im Jahr 2010, immer begründet und erwirkt worden durch bestimmte gesetzliche Vorgaben, also zusätzliche Aufgaben. In der Summe wurde aber der Stellenaufwuchs den Ansprüchen und den, im Laufe der letzten 14 Jahre auch gewachsenen Aufgaben der BfDI nicht mehr gerecht. Deshalb muss die Frage nach einer ausreichenden Anzahl von Personalstellen auch in diesem Gesetzgebungsvorhaben durchaus eine Rolle spielen. Es nutzt nichts, eine unabhängige oder eine organisatorische Architektur aufzubauen, wenn sie personell nicht entsprechend untersetzt ist. Da mag der eine oder andere denken – wir haben es heute auch schon diskutiert –, das sei hier wie immer bei der Verwaltung, die wolle immer wieder mehr Stellen, das sei immer so naturgegeben. Nein, hier geht es wirklich darum, die Funktionsfähigkeit und die Aufgabenstellung des Hauses auch entsprechend zu untersetzen.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Dr. von Notz.

BE Abg. **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ja, Herr Vorsitzender vielen Dank. Auch Ihnen Frau Voßhoff, meine Herren, herzlichen Dank für Ihre Expertise hier heute. Auch wir begrüßen natürlich ausdrücklich, dass man hier nun endlich ein bisschen vorankommt nach all den Jahren. Das war überfällig. Wir haben zahlreiche Anträge selbst dazu gestellt, dass diese Unabhängigkeit hier zu stärken ist und angesichts der Diskussionen, die wir hier in den letzten Monaten führen, scheint es umso dringlicher. Von allen digitalen Revolutions-Diskussionen und Problemen einmal ganz abgesehen. Herr Garstka, wenn Sie das ansprechen, dass Sie das in Ihrer Amtszeit nicht erlebt haben, mit dem Kernbereich konfrontiert zu sein, wir werden hier im Augenblick täglich – mehrmals täglich – damit konfrontiert, dass alles, was hier irgendwie interessant sein könnte für parlamentarische Aufklärung oder

so, direkt und unmittelbar und vollumfänglich den Kernbereich berührt. Insofern scheint mir, auch unter diesem Gesichtspunkt, die Frage der Unabhängigkeit der Beauftragten ganz massiv berührt und wesentlich zu sein. Ich möchte drei Fragenkomplexe ansprechen und zunächst noch einmal explizit auf diese Abwägungsfragen eingehen. Ich möchte Herrn Aden, Herrn Prof. Roßnagel, Herrn Heckmann und Herrn Schild ansprechen, inwieweit die in dem Entwurf der Bundesregierung vorgesehenen Einschränkungen für Zeugenaussagen durch die Bundesdatenschutzbeauftragte, mit der vom EuGH geforderten völligen Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle vereinbar ist. Und ist es nicht insbesondere im Hinblick darauf, dass gerade im Bereich der Sicherheitsbehörden und der Nachrichtendienste, wie das Herr Prof. Roßnagel – wie ich finde – sehr treffend beschreibt, dass gerade da der stärkste Konflikt besteht? Ist es deswegen nicht erforderlich, dass im Einzelfall eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Aufklärungsinteresse und den Sicherheitsinteressen vorgenommen wird und dies auch gesetzlich ausgestaltet wird, statt mit den ziemlich starren Verboten beziehungsweise einem Einvernehmen mit der Bundesregierung zu operieren, wie das der Gesetzesentwurf tut? Vielleicht vor diesem Hintergrund noch einmal die Frage: Ist eine explizite Regelung der Aufklärungsfunktion, wie wir sie in unserem Entwurf, Änderungsantrag vorgesehen haben, nicht erforderlich? – Damit die BfDI in voller Unabhängigkeit ihrer Kontrollfunktion als Hüterin der Grundrechte, so nennt das ja der EuGH, ihre Tätigkeit ausüben kann? Also, ist es nicht verfassungsrechtlich geboten, dieser Aufklärungsfunktion ein stärkeres Gewicht zu geben? Der zweite Punkt spricht noch einmal explizit die Ausstattung an, und ich sage einmal, da kann man alle die Dinge, die Frau Voßhoff schon angesprochen hat, gut sagen. Aber auch angesichts des jetzt vorliegenden Haushaltes, bei dem vor allen Dingen die Behörden mit viel Geld ... Bitte? ....

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Heckmann hatte mich gefragt, ob ich ihn erst aufrufe, und ich habe ich ihm das zugesichert, weil ich es ihm vorhin versprochen habe.

BE Abg. **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ja, Versprechen werden hier nicht gebrochen. Gott sei Dank.



Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Jedenfalls von mir nicht.

BE Abg. **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vor allen Dingen vom Vorsitzenden nicht, genau. Genau. ... Vor allen Dingen vor dem Hintergrund des jetzt vorliegenden Haushalts, wo alle die Behörden, die die Datenschutzbeauftragte kontrollieren soll, ja mit ausgesprochen großzügigen Geldern bedacht werden, die BfDI aber selbst: so, in dem beklagten Umfang. Deswegen die Frage. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Anti-Terrordatei im Jahr 2013 ja den verfassungskonformen Betrieb der Anti-Terrordatei von effektiven, und auch engmaschigen Datenschutzkontrollen abhängig gemacht. Der Vorgänger von Frau Voßhoff hatte gegenüber dem Gericht sehr deutlich gemacht, dass es an Personal für solche Kontrollen fehlt. Wir erleben derzeit den größten Datenschutzskandal aller Zeiten, und Sie haben in Ihrer Stellungnahme bereits Ausführungen dazu gemacht, an welchen Stellen und warum Sie mehr Personal benötigen, Frau Voßhoff. Deswegen fände ich es interessant, es noch einmal ganz konkret zu machen und zu sagen, wie genau die Personallage in Ihrem Haus aussieht, was den Sicherheitsbereich angeht, diese Personallage noch einmal explizit zu benennen, vor allen Dingen vor dem Hintergrund, wie viele Behörden und Dateien Sie zu kontrollieren haben.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Ich weise vorsorglich auf Folgendes hin, jetzt haben wir Fragen an fünf Sachverständige. Bevor die zu ihren rhetorischen Höchstleistungen auflaufen, weise ich darauf hin, ich habe noch zwei Wortmeldungen. Von Frau Müntefering und von Frau Woltmann. Deswegen ... ist in Ordnung! Aber ... wäre ich dankbar, wenn wir das vielleicht einmal auf das Notwendige .... Ich glaube, mehr Geld und mehr Personal, das haben wir jetzt irgendwie alle verstanden. Und wer es nicht verstanden hat, versteht es auch nicht, wenn wir es noch einmal erklären. Versuchen Sie es einmal, es auf das notwendige Maß zu reduzieren, sonst besteht die Gefahr, dass die Kollegen nicht mehr zu Wort kommen. Herr Professor Heckmann, Sie sind an der Reihe.

SV **Prof. Dr. Dirk Heckmann** (Universität Passau): Ja, die Gefahr sehe ich insofern, weil in einer Minute müssten alle geantwortet haben!

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Ja, wenn die Bahn mal streiken soll, dann streikt sie nicht! ...

SV **Prof. Dr. Dirk Heckmann** (Universität Passau, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht): Also zu Herrn von Notz kann ich nur sagen, ich verweise auf meine schriftliche Stellungnahme. Ich habe ja Ihren Entwurf, Ihren Alternativ-Entwurf ja dort auch gewürdigt, auch positiv gewürdigt. Das haben Sie gelesen, das wollten Sie nur noch einmal hören, ... *der Sitzungssaal lacht* ... und das gebe ich damit zu Protokoll. Und ich sehe natürlich in der Tat, gerade was den Bereich Freiheit, Sicherheit, Nachrichtendienste betrifft, natürlich sehr viele Abwägungsfragen, die in der Tat auch in ein Gesetz einfließen könnten. Das ist allerdings sehr, sehr anspruchsvoll, dies dort unterzubringen. – Insofern verbleibt es natürlich bei meiner generellen Kritik.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Das war jetzt aber mehr als vorbildlich. Herr Professor Aden bitte.

SV **Prof. Dr. Hartmut Aden** (Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin): Vielen Dank. Es handelt sich auf jeden Fall um eine Entscheidung im Einzelfall, die über eine Aussage zu treffen ist, und ich möchte auch noch einmal auf einen weiteren Aspekt zurückkommen, nämlich auf den Bundesrechnungshof. Der Bundesrechnungshof hat dafür keine expliziten Vorgaben, das heißt, da gelten die allgemeinen gesetzlichen Vorgaben, ausgeübt durch den Präsidenten oder die Präsidentin dieser obersten Bundesbehörde. Es gibt eigentlich keinen Grund, hier davon abzuweichen. Wenn es Bedenken gibt bezüglich des Verhaltens der Regierung bei der Auskunft über bestimmte Dinge oder bei der Abstimmung von solchen Aussagen, dann gäbe es sicherlich durchaus Gründe dafür, das auch explizit in das Gesetz hineinzuschreiben, weil das öffentliche Interesse an der Aufklärung immer eine Rolle spielt. Denken wir etwa, es handelt sich um ein Strafverfahren: Dann haben wir immer auf der einen Seite das Aufklärungsinteresse im Strafverfahren, das auch gesetzlich hinreichend normiert ist, und auf der anderen Seite womöglich Geheim-



haltungsinteressen im Einzelfall. Das heißt, es muss pflichtgemäß eine Abwägung erfolgen, bei der das öffentliche Interesse an der Aufklärung – auch an der Strafverfolgung oder in einem Untersuchungsausschuss – ein entsprechend hohes Gewicht haben muss. Gerade deswegen sind die Formulierungen, wie sie jetzt in Absatz 6 des Entwurfes stehen, äußerst problematisch. Das heißt, wenn man das explizit hineinschreiben will, dann auf jeden Fall in der Form, wie der Änderungsantrag es vorschlägt. Das geht aber auch einher mit der Frage, ob die Datenschutzkontrolle überhaupt Zugang zu den Informationen hat. Deswegen auch noch einmal mein Hinweis auf den § 24 Abs. 4 Satz 4, durch den auch der Zugang zu den Informationen schon beschränkt wird. Und das ist gegenüber der Aussage vorgelagert. Daher würde ich noch einmal sehr dafür plädieren, auch diese Vorschrift bei der Gelegenheit mit zu streichen.

**SV Prof. Dr. Alexander Roßnagel** (Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht): In der Kürze der Zeit stimme ich den beiden Vorrednern zu und will nur noch einen Hinweis geben, nämlich die Frage nach der Rechtsprechung des EuGH. Der hat ja in dem Verfahren Kommission/Deutschland ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Regierung in bestimmten Fällen ein Interesse daran haben kann, dass Datenschutzregelungen nicht eingehalten werden. Und genau diese Überlegungen sind der Grund dafür, dass die Datenschutzbeauftragte eine Unabhängigkeit haben soll von der Regierung. Das muss unionsrechtlich an der Stelle berücksichtigt werden. Wenn es der Regierung möglich ist, in bestimmten Konfliktsituationen zu verhindern, dass die Datenschutzbeauftragte ihren Aufgaben nachgehen kann und sie von bestimmten Instrumenten Gebrauch machen kann, dann würde das die völlige Unabhängigkeit verletzen und wäre unionsrechtswidrig.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Schild, bitte.

**SV Hans-Hermann Schild** (Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Wiesbaden): Ja, fangen wir mit der Ausstattung an. Sie hatten das bezogen auf den Sicherheitsbereich. Wenn ich zurückblicke, haben wir in den letzten Jahren erhebliche Aufgabenerweiterungen im Bereich der Bundespolizei und des Bundeskriminalamtes. Wir haben in der

Zwischenzeit Schengen II. Wir haben die Visa-Da-tei, die zwar zum Ausländerrecht zählt, aber in Deutschland offensichtlich zur Gefahrenabwehr. Dann haben wir Europol, INTERPOL, Sicherheitsüberprüfungsgesetz und teilweise auch im Strafrecht – da hatten wir ja einmal so eine Zeit mit Beschlüssen von Gerichten, die von den Staatsanwaltschaften vorgefertigt wurden, da will ich jetzt nicht weiter darauf eingehen. Also, das sind Bereiche, die haben sich von der gesetzlichen Aufgabe her exorbitant erweitert. Nach meinem Stand hatte die Behörde Anfang des Jahres sechs Köpfe dafür, und wenn ich sehe, was ich auf meinen Schreibtisch kriege im Bereich Bundeskriminalamt oder Schengen oder jetzt Schengener Informationssystem II, dann ist das nicht gerade ein Päckchen, welches man gerade einmal so zwischen 00:00 Uhr und 00:01 Uhr in der Nacht wegarbeiten kann. Das zum Thema Ausstattung. Bezüglich der Problematik der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Bundesregierung oder sonst etwas, da schließe ich mich jetzt einfach Herrn Aden an. Dies zur Verkürzung der Redezeit.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Andrea, die Bundesbeauftragte bitte.

**SV Andrea Voßhoff** (Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit): Ich kann auch nahtlos an das anschließen, was Herr Schild gesagt hat zur Frage der Belastung des Referates. Außer dem Hinweis darauf, dass es nicht sechsköpfig, sondern mittlerweile achtköpfig ist: ein Referatsleiter, vier Referenten und drei Sachbearbeiter. – Insgesamt sind 27 Stellen zu kontrollieren. Teilweise hat Herr Schild sie schon genannt. Nur darf ich noch darauf hinweisen, dass die entsprechenden Kontrollen gerade in diesem Bereich personell technisch auch sehr aufwändig sind. Auch was die Kontrollen vor Ort und insbesondere auch die Nachbereitung vor Ort anbetrifft. Das darf man bei Weitem, auch in Anbetracht einer Vielzahl neuer technologischer Entwicklungen, aber eben auch entsprechender neuer Befugnisse, die hier gerade auch genannt wurden, nicht unterschätzen. Also von daher kann ich Ihnen gerne bei Bedarf natürlich diese Aufstellung zukommen lassen. Darüber hinaus gibt es aber – und das ist auch nicht „ohne“ bei dieser Problematik – auch sehr intensive Beratungen, die vorgenommen werden. Insbesondere





auch von diesem Referat. Aber eben auch, und auch das ist nicht zu unterschätzen, die Arbeit von Europol, was die europäische Beteiligung anbetrifft und die eben auch sehr aufwändig ist. Und da – das erlauben Sie mir als Anmerkung, ich bin ja auch noch nicht allzu lange im Amt – war ich sehr überrascht über die Frage, mit welchem personellen Kontingent das bei dieser technischen Entwicklung bearbeitet wird, und ich halte es auch für nicht vertretbar, es in dieser Größe zu belassen. Sondern es muss stärker und mehr werden, weil es sonst auch irgendwann den Belastungsbereich der Mitarbeiter erheblich strapaziert und – das ist das mindestens zweite und gravierende Argument aus meiner Sicht – eben auch die Effizienz und Funktionalität einer Kontrolle dann auch mehr als beeinträchtigt wird.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Abgeordnete Frau Woltmann.

Abg. **Barbara Woltmann** (CDU/CSU): Ja, Herr Vorsitzender, vielen Dank. Ich möchte eine Frage an Frau Voßhoff stellen, und zwar ausgehend von Ihrem Positionspapier vom 15. Oktober: Halten Sie es wirklich für zwingend notwendig, im Hinblick auf die völlige Unabhängigkeit des BfDI, den § 22 Bundesdatenschutzgesetz so zu erweitern, dass Ihnen die Möglichkeit gegeben wird, dann nach eigenem Belieben Außenstellen einzurichten? Sie hatten Brüssel angesprochen, jetzt gibt es ja das Verbindungsbüro in Berlin. Ist es für diese absolute Unabhängigkeit wirklich zwingend notwendig, dass der § 22 so ausgeweitet wird, dass Sie selber entscheiden können Außenstellen einzurichten? Und wie sehen Sie das dann auch in dem Spannungsverhältnis mit der Finanzhoheit des Bundestages, der ja letzten Endes dafür dann auch entsprechende Mittel zur Verfügung stellen müsste?

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Vielen Dank, – Frau Müntefering.

Abg. **Michelle Müntefering** (SPD): Herr Heckmann und Herr Roßnagel, mit Blick auf den § 23 noch einmal. Wie würden Sie denn eine Benehmensregelung, statt einer Einvernehmensregelung als Kompromiss bewerten? Wäre das denkbar, sinnvoll, unionsrechtlich konform und wie zu bewerten unter dem Aspekt der Unabhängigkeit?

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Bitte, Herr Professor Heckmann.

SV **Prof. Dr. Dirk Heckmann** (Universität Passau, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht): Kurz gesagt, die Bedenken werden dadurch nicht aufgehoben. Vorhin wurde das auch schon einmal erwähnt, ich glaube, von Herrn Roßnagel. Es ist die schwächere Form gegenüber dem Einvernehmen. Aber letzten Endes ist es immer noch diese potentielle Möglichkeit, irgendwie Einfluss zu nehmen. Der EuGH ist einfach sehr streng, – das würde nicht ausreichen. Vielen Dank.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Vielen Dank auch Ihnen, Herr Professor Heckmann, kommen Sie gut nach Hause. – Herr Professor Roßnagel.

SV **Prof. Dr. Alexander Roßnagel** (Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht): Ich würde es genauso sehen und würde zur Begründung gern noch einmal die Entscheidung des EuGH im Verhältnis Kommission/Österreich heranziehen. Dort war es schon das Erkunden nach dem Sachstand bestimmter Verfahren, das dem EuGH ein zu großer Eingriff war. Das Benehmen wäre natürlich schwächer als das Einvernehmen, aber es wäre stärker als eine Erkundigung. Wenn schon die Erkundigung ein unzulässiger Eingriff war, – muss es dann das Benehmen auch sein.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Und jetzt bitte ich Dich, Andrea, um die Beantwortung der Frage von Frau Woltmann.

SV **Andrea Voßhoff** (Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit): Ja vielen Dank für Ihre Frage, Frau Abgeordnete Woltmann. Ich will gerne darauf antworten. Es geht nicht darum, der BfDI einen Freiraum für alle möglichen Außenstellen einzurichten. Es geht darum, dass wir jetzt den Dienstsitz Bonn und das Verbindungsbüro Berlin haben. Daher war es ein erster Ansatz zu sagen, es sollte dann rechtsklarstellend – ähnlich wie übrigens in § 2 Abs. 1 Satz 2 Bundesrechnungshofgesetz auch für den Bundesrechnungshof – für die BfDI sein. Ich hatte auch in meinem Positionspapier zur Begründung noch einmal darauf hingewiesen, dass ja auch – gerade mit Blick auf die europäische Datenschutz-Grundverordnung, die ja nun in absehbarer Zeit voraussichtlich verabschiedet wird – zukünftig in



Brüssel eine deutlich stärkere Funktion der deutschen Datenschutzaufsicht auch geboten und notwendig ist. Alleine schon aufgrund der Mitgliedschaft möglicherweise im Europäischen Datenschutzausschuss, der ja auch entsprechend Entscheidungskompetenzen hat, sodass ich zur Begründung in den Raum stellen wollte, dass es sein könnte, dass es auch geboten ist, funktional eine solche Außenstelle, ein solches Verbindungsbüro dort zu haben und deshalb die Klarstellung. Die Annahme, die BfDI würde jetzt bei einer solchen Regelung in zu weitgehendem Ausmaß davon Gebrauch machen oder einen Freibrief bekommen – diese Befürchtung hätte ich an Ihrer Stelle nicht, weil im Ergebnis für die Errichtung einer solchen Außenstelle, wie wir sie haben und wie sie vielleicht in Brüssel geboten sein könnte – Sie sprachen das Stichwort Finanzhoheit an – naturgemäß immer die Zustimmung des Haushaltsgesetzgebers erforderlich ist im Sinne der finanziellen Gegebenheiten oder jedenfalls der Notwendigkeiten, die dann gegeben sind. Deshalb sehe ich diese Gefahr nicht, sondern es war der Ansatz des Rechtsklarstellens auch mit Blick auf das Verbindungsbüro. – Und es war der Ansatz in Anlehnung an eine vergleichbare Regelung für den Bundesrechnungshof, der ja auch sehr moderat davon Gebrauch macht, diese Dinge hier im Gesetz klarzustellen.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Dr. von Notz hatte sich noch angemeldet.

BE Abg. **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ja vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich möchte noch einmal einen Punkt ansprechen, und zwar zu den Vorgängen, die der G-10-Kommission unterliegen. Wir schlagen ja in unserem weitsichtigen Änderungsantrag vor, der BfDI Einsicht in die G-10-Erkenntnisse zu gewähren, soweit auf G-10-Maßnahmen beruhende Datenverarbeitungsvorgänge ihrer Kontrolle unterliegen. Wir hatten das eigentlich nur als gesetzliche Klarstellung gemeint, nachdem der Amtsvorgänger von Frau Voßhoff immer wieder – und auch gegenüber dem Bundesverfassungsgericht – beklagt hatte, dass ihm diese Einsicht von der Bundesregierung verweigert wurde. Nun habe ich Herrn Prof. Gärditz so verstanden, dass allein durch die Einsicht – nicht durch die Kontrolle – in die G-10-Erkenntnisse eine Konkurrenz zwischen G-10-Kommission und der BfDI entstehe.

Herr Heckmann hatte in seiner Stellungnahme geschrieben, man müsse das nicht regeln, weil die BfDI sich auf die Rechtmäßigkeit der G-10-Maßnahme verlassen könne. Nun meine Frage an Sie, Frau Voßhoff und vielleicht auch an Herrn Prof. Roßnagel: Wie sehen Sie das denn? Kann man bei den weitergehenden Datenverarbeitungen in der Verarbeitungskette überhaupt rechtliche Maßstäbe kontrollieren, wenn man keine Informationen über die Voraussetzungen und die Umstände der ursprünglichen G-10-Maßnahme hat?

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Herr Professor Roßnagel.

SV **Prof. Dr. Alexander Roßnagel** (Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht): Nach meiner Interpretation ist das Verhältnis zwischen G-10-Kommission und der Bundesdatenschutzbeauftragten in dem Bereich klar geregelt. Wir haben die generelle Zuständigkeit der Bundesdatenschutzbeauftragten, und ausnahmsweise nach § 15 des G-10-Gesetzes haben wir die Zuständigkeit der Kommission. Das heißt, wenn die Kommission nicht zuständig ist, ist immer die Datenschutzbeauftragte zuständig. Die Einsichts- und Auskunftsrechte folgen der Zuständigkeit. Also wenn die G-10-Kommission zuständig ist, hat sie diese Rechte. Wenn die Datenschutzbeauftragte zuständig ist, dann hat sie diese Einsichts- und Auskunftsrechte. Von daher ist eigentlich in meinen Augen das Thema klar. Die Frage ist jetzt nur, wenn es in der Praxis einen Klärungsbedarf gibt und da oft Streit besteht, dann wäre es natürlich sinnvoll, wenn der Gesetzgeber diesen praktischen Klärungsbedarf befriedigt und an der Stelle noch einmal klarstellt, was sich eigentlich aus der Systematik ergibt. Aber man kann das ja auch, um Streit zu vermeiden, noch einmal präziser klarstellen.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Vielen Dank. – Die Datenschutzbeauftragte, Andrea, Du hattest nicht das erste, aber dafür dann letzte Wort.

SV **Andrea Voßhoff** (Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit): Vielen Dank Herr Vorsitzender. Natürlich ist es in dem Gesetz klar geregelt. Aber es gibt – und das ist schon, ich weiß nicht wie oft, im Tätigkeitsbericht der Bundesbeauftragten immer wieder thematisiert worden – dennoch gleichwohl Kontroll-



lücken. Aufgaben- und Abgrenzungsbereich sind klar. Aber es kann ja auch sein, dass aufgrund einer G-10-Maßnahme die Institutionen von Bundesverfassungsschutz bis BND weitergehende Maßnahmen veranlassen aufgrund dieser Informationen, die sie aus dem G-10-Bereich bekommen haben, und sie damit auch ein Stück weit den Kontrollbereich der G-10-Kommission verlassen, weil nämlich nachgeordnete Behörden mit dieser Information entsprechende Maßnahmen einleiten. Und genau da fängt die Kontrolle der BfDI an – nicht gegenüber dem, was die G-10-Kommission ermittelt, da ist die G-10-Kommission völlig eigenständig verantwortlich für die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten, auch für die Kontrolle. Aber eben, wenn durch anderweitige Institutionen die Erkenntnisse aus diesem Bereich verarbeitet werden, zum Beispiel der Verfassungsschutz Erkenntnisse hat, dass jemand aus dem G-10-Bereich unterwegs ist und der Verfassungsschutz veranlasst, dass etwas in das Schengen-Informationssystem eingespeist wird. Dann sind wir in einem Bereich, den die BfDI zu prüfen hat

und damit gibt es keinerlei Eingriffe in die G-10-Kommission. Wenn dann aber von der entsprechenden Institution gesagt wird, das ist eine G-10-Maßnahme und damit dann keine weitere Kontrolle möglich ist, dann ist es für die BfDI nicht nachvollziehbar, ob in diesen Fällen wirklich und tatsächlich die Rechtsgrundlage auf dieser Initiative basiert und deshalb ist davon auszugehen, dass dadurch Kontrolllücken entstehen können, sodass eine gesetzliche Klarstellung in diesem Bereich wünschenswert wäre. Da ist der Vorschlag, den die Grünen gemacht haben, eine Basis, wobei das hier von den Begrifflichkeiten noch präzisiert werden könnte. – Aber das wäre eine Klarstellung, die diese Problemfälle ein Stück weit beseitigt.

Vors. **Wolfgang Bosbach** (CDU/CSU): Ja danke – wunderbar, das hätten wir auch geklärt. Ich darf mich bedanken bei Dir Andrea, bei den Herren Sachverständigen, beim geduldigen Publikum, bei den Kolleginnen und Kollegen und wünsche noch eine schöne und erlebnisreiche Woche.

Schluss der Sitzung: 14:00 Uhr

Universität Kassel  
Nora-Platiel-Str. 5 • D – 34109 Kassel

An den Vorsitzenden des Innenausschusses  
Des Deutschen Bundestags  
Herrn Wolfgang Bosbach

Universität Kassel  
Fachgebiet Öffentliches Recht,  
insb. Umwelt- und Technikrecht  
Nora-Platiel-Straße 5  
34109 Kassel

a.rossnagel@uni-kassel.de  
fon +49-561 804 3130  
fax +49-561 804 3737

Sekretariat: Edith Weise  
fon +49-561 804 2874

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.

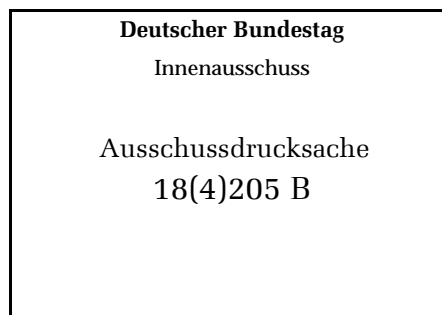
Für Strafverfahren nach § 44 BDSG ist zwar die Staatsanwaltschaft zuständig. Doch kann ein ausreichender Einfluss der oder des BfDI dadurch gesichert werden, dass sie oder er Akteneinsicht sowie eine Abschrift der Anklageschrift oder des Strafbefehls erhält, vor einer staatsanwaltschaftlichen Einstellungsverfügung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



(Prof. Dr. Alexander Roßnagel)



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 Charta<sup>1</sup> fordert,. Auch wenn seit der Verurteilung der Bundesrepublik

---

<sup>1</sup> 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 EuGH<sup>2</sup> 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.*<sup>3</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat damals schon festgestellt, dass eine effektive Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragten notwendig ist.<sup>4</sup> Diese Funktion wurde auch in dem Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts hervorgehoben.<sup>5</sup>

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 Datenschutz<sup>6</sup> 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

---

<sup>2</sup> Urteil vom 9.03.2010, Az. C 518/07.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

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

<sup>6</sup> 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.***<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

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 EuGH<sup>9</sup> 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.

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

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

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

der berühmte Tropfen auf dem heißen Stein.<sup>10</sup> 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)<sup>11</sup> 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.

---

<sup>10</sup> 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,

<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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,

---

<sup>12</sup> „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.<sup>13</sup> 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

---

<sup>13</sup> 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 GG<sup>14</sup> bedarf es schon eines Anforderungsprofils, dass der Deutsche Bundestag – wenn er schon auf eigene Rechte verzichtet<sup>15</sup> – 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

---

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

<sup>15</sup> 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 2013<sup>16</sup> festgelegt worden ist und 2014 wiederholt wurde.<sup>17</sup>

Dazu gehören insbesondere:

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

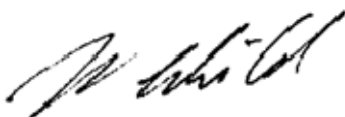
Sollte das Parlament der Meinung sein, dass die Kriterien vor jeder Neubesetzung neu festzulegen sind, müsste in § 22 BDSG ein Absatz 1a eingefügt werden:

*„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.<sup>18</sup>

Mit freundlichen Grüßen



(Hans-Hermann Schild)

---

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

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

<sup>18</sup> 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 „*gegentheilig von abhängigkeit*“.<sup>1</sup>



**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.

\* 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.

<sup>1</sup> Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm, Bd. 24, Sp. 60, 20.

Und „unabhängig *ersetzt nun das ältere unangebunden*“.<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

Beachtlich ist, dass das Bundesverwaltungsgericht gerade entschieden hat, dass die DB Netz AG sich in Fragen des Netzzugangs und der Wegegenteile 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.<sup>5</sup>

## 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-

<sup>2</sup> Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm, Bd. 24, Sp. 52, 40.

<sup>3</sup> 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.

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

<sup>5</sup> BVerwG, Urteil vom 18.05.2010, Az. 3 C 21.09.

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.<sup>6</sup>

### 3 Urteil des EuGH und seine Folgen

Mit Urteil der großen Kammer des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 09.03.2010<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

#### 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?<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup> 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 zuspieren 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.<sup>11</sup> 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“.<sup>12</sup> Es kann aber nicht sein, dass z.B. ein Landgerichtspräsident über mehrere Monate hinweg unter Berufung auf sein Hausrecht eine optisch elektronische Überwachungsanlage betreibt<sup>13</sup>, 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.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Erwägungsgrund 62, ABl. Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 37.

<sup>12</sup> 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.

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

<sup>14</sup> 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

<sup>6</sup> 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 Personaldaten im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen – Weiterentwicklung des Schengen-Beziehungsstandes vom 19.03.2010.

<sup>7</sup> Az. C-518/07; DuD 2010, 335 ff.

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

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

<sup>10</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> Nicht von ungefähr ist bezüg-

lich der Unabhängigkeit an die richterliche Unabhängigkeit zu denken.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> Der Kontakt zu Parlament und Re-

gierung ist aber vorhanden und die richterliche Unabhängigkeit wird gewährleistet.<sup>21</sup> So können gegen den Präsidenten Disziplinarmaßnahmen nur in einem gerichtlichen Disziplinarverfahren verhängt werden.<sup>22</sup> 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;<sup>23</sup> denn verkannt wurde bei dieser Regelung, dass eine Anstalt des öffentlichen Rechts immer einen Träger hat und damit einer Aufsicht unterliegt.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.

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-

(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.

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.<sup>26</sup>

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

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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 Parlament<sup>28</sup> 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

<sup>27</sup> Siehe Art. 28 Abs. 3 zweiter Spiegelstrich EG-DS-RiLi.

<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

## 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.<sup>30</sup>

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-

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

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.<sup>32</sup>

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-

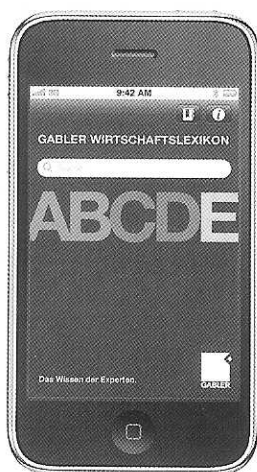
öffentlichen Bereich hat der EuGH auch Pflöcke gesetzt, die im öffentlichen Bereich wie auch bei den betrieblichen und behördlichen Datenschutzbeauftragten zu beachten sind. Dies mit der Folge, dass der Bund und die Länder einen erheblichen Novellierungsbedarf haben, der – wenn man nicht empfindliche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

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> „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](http://www.wirtschaftslexikon.gabler.de)



Erhältlich als 8-bändige Taschenbuchausgabe im Handel oder unter [www.gabler.de](http://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 Datenschutz Bundesbeauftragten 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.

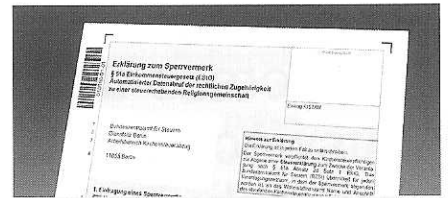
Hans-Hermann Schild

## 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.<sup>1</sup> Nach den letzten Erfahrungen mit Berufungen beim Bund, aber auch mit Ausschreibungen in den Bundesländern<sup>2</sup>, 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 unbeschäftigt und somit unbekannt war<sup>3</sup>, also „ein unbeschriebenes Blatt“, wie Ex-Bundesinnenminister Gerhart Baum zitiert wurde.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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 2013<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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“ wahrnehmen<sup>9</sup>, sondern sich die damit erforderliche Stellenaus-

schreibung auch an Art. 33 GG zu orientieren hat.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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.



Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

18(4)205 C



Rheinische  
Friedrich-Wilhelms-  
Universität Bonn

Rechts- und  
Staatswissenschaftliche  
Fakultät

Prof. Dr. Klaus F. Gärditz, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

An den Innenausschuss des Deutschen Bundestags  
per E-Mail

**Prof. Dr. Klaus F. Gärditz**  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht

Postanschrift:  
Adenauerallee 24-42  
53113 Bonn  
Tel.: 0228/73-9176  
Email: gaerditz@jura.uni-bonn.de

Bonn, den 23. November 2014

### ***Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung:***

***Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes – Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde***

Zum oben bezeichneten Gesetzentwurf der Bundesregierung nehme ich wie folgt Stellung:

#### **I. Vorbemerkungen**

Die vorliegend angestrebte Umsetzung ist notwendig geworden, weil der EuGH in einer – in der Sache fragwürdigen und nur schwach begründeten – Entscheidung aus dem Jahr 2010 die bisherige Ressortzuordnung der Datenschutzbeauftragten im deutschen Recht für unvereinbar mit Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 95/46/EG<sup>1</sup> erachtet hat. Hiernach nehmen die datenschutzrechtlichen Kontrollstellen „die ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahr“. Diese für Kontrollstellen der Länder festgestellte Unvereinbarkeit betrifft gleichermaßen die Bundesbeauftragte/den Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (im Folgenden: BfDI).

Auch wenn damit eine unmittelbare Ressorteinbindung über Weisungsrechte notgedrungen aufzugeben ist, hat der EuGH den damit aufreißenden Bedarf nach demokratischer Rückanbindung zur Verwaltungslegitimation anerkannt. Der EuGH betont, dass der Grundsatz der Demokratie zur Unionsrechtsordnung gehört und in Art. 6 Abs. 1 EUV a. F. (siehe jetzt Art. 2, 10 Abs. 1 EUV) ausdrücklich als Grundlage der Europäischen Union ausgestaltet ist. Das unionsrechtliche Demokratieprinzip sei als sämtlichen Mitgliedstaaten gemeinsamer Grundsatz „bei der Auslegung eines sekundärrechtlichen Aktes [...] zu berücksichtigen“.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> 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. L 281, S. 31).

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 9. 3. 2010, Rs. C-518/07 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland), Slg. 2010, I-1885, Rn. 41.

Der EuGH stellt zwar unter Verweis auf die Staatsorganisation der Mitgliedstaaten fest, dass das Demokratieprinzip nicht generell unabhängige Verwaltungsbehörden ausschließe,<sup>3</sup> betont aber zugleich die strikte Bindung an das Gesetz und die Unterwerfung unter eine – im Hinblick auf die praktische Durchsetzung des Rechts durchaus demokratierelevante – gerichtliche Kontrolle.<sup>4</sup> Der Gerichtshof hebt zutreffend hervor, dass „ein Fehlen jeglichen parlamentarischen Einflusses auf diese Stellen“ auch gemessen am unionsrechtlichen Demokratieprinzip „nicht in Betracht“ komme.<sup>5</sup> Neben der Bestellung des Personals durch demokratisch legitimierte Amtswalter könne der Einfluss des Parlaments dadurch sichergestellt werden, dass „der Gesetzgeber die Kompetenzen“ der jeweiligen Behörden festlege.<sup>6</sup>

Hieraus ergibt sich vorliegend für die Umsetzung dieser Vorgaben Folgendes:

- Auch die/der BfDI übt Hoheitsgewalt aus, deren demokratische Absicherung bei Weisungsfreiheit zunächst dünn ausfällt. Ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau, das auch unionsrechtlich vorausgesetzt wird und nach nationalem Verfassungsrecht (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) unverzichtbar ist, muss gewahrt werden. Eine selbstständige Behörde, die außerhalb demokratischer Verantwortlichkeit Hoheitsaufgaben erfüllt, ist strukturell demokratieinkompatibel und muss eine strikt umgrenzte Ausnahme bleiben. Die Umsetzung des EuGH-Urteils sollte sich daher
  - auf das unionsrechtlich Unvermeidbare beschränken und namentlich keine Stärkung der Kompetenzen der/des BfDI vornehmen;
  - die Möglichkeiten alternativer, in Deutschland bislang kaum erprobter Legitimationsmittlung durch eine direkte parlamentarische Anbindung ausbauen.
- Der Fortfall der ministeriellen Verantwortlichkeit der/des BfDI muss durch einen Ausbau der parlamentarischen Verantwortung aufgefangen werden. Der Entwurf ersetzt daher konsequent vorherige Zuständigkeiten des BMI durch die der Bundestagsverwaltung (Präsidentin/Präsident des Deutschen Bundestags).
- Mangels Weisungsrechten ist der wichtigste Einflusspfad des Parlaments auf die Behörde der Einfluss über die haushaltsrechtliche Zuweisung von Sach- und Personalmitteln. Daher ist eine weite Einschätzungsprärogative des Haushaltsgesetzgebers anzuerkennen, welche Ausstattung die/der BfDI zur sachgerechten Aufgabenerfüllung benötigt. Von einer außerbudgetären Vergesetzlichung von Ansprüchen auf angemessene Ausstattung ist abzusehen (siehe unten).
- Kompetenzen des/der BfDI sind möglichst eng zu umgrenzen. Dies gilt namentlich im Bereich der Datenschutzaufsicht, weil hier hoheitlich gegenüber Dritten gehandelt wird, aber auch in gerichtlichen Verfahren (insbesondere Zeugenfunktion), weil hier Kompetenzen der Behörde potentiell Dritte erheblich belasten können. Der vorliegende Gesetzentwurf überträgt daher richtigerweise keine weiteren Exekutivbefugnisse.

## II. Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz

Die *Gesetzgebungskompetenz* ergibt sich vorliegend aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, soweit die Datenschutzaufsicht über private Unternehmen betroffen ist, im Übrigen aus einer Annex-

<sup>3</sup> EuGH, Urt. v. 9. 3. 2010, Rs. C-518/07 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland), Slg. 2010, I-1885, Rn. 42.

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 9. 3. 2010, Rs. C-518/07 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland), Slg. 2010, I-1885, Rn. 42.

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 9. 3. 2010, Rs. C-518/07 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland), Slg. 2010, I-1885, Rn. 43.

<sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 9. 3. 2010, Rs. C-518/07 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland), Slg. 2010, I-1885, Rn. 44.

kompetenz für das Verwaltungsverfahren, das den Sachgesetzgebungskompetenzen des Bundes folgt, sofern das Bundesrecht durch Behörden des Bundes vollzogen wird.

Weniger deutlich ist, worauf sich die *Verwaltungskompetenz* des Bundes stützt. Der Bund kann Bundesgesetze durch eigene Behörden nur vollziehen, sofern das Grundgesetz dies zulässt (Art. 83 GG). Der Entwurf sieht vor, die/den BFDI als *oberste* Bundesbehörde zu errichten (§ 22 Abs. 5 BDSG-E). Damit tritt die Behörde in den Rang neben die Bundesministerien, ohne dass eine Eingliederung der Behörde in die Bundesregierung erfolgt. Auf Art. 65 GG lässt sich diese Konstruktion daher nicht stützen.

Die damit hier einzig in Betracht kommende Kompetenzbestimmung des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG lässt hingegen nur die Errichtung *oberer* Bundesbehörden zu. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass sie einem Ressort unterstehen.<sup>7</sup> Die Errichtung anderer Formen unmittelbarer Bundesverwaltung durch selbstständige Behörden, die in Art. 87 Abs. 3 GG nicht genannt sind, ist im Umkehrschluss unzulässig.<sup>8</sup>

Nun bindet Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG die Rechtsformen nur ihrer Funktion, nicht der Bezeichnung nach. Die der Verfassung nicht bekannte Bezeichnung der/des BfDI als „oberste“ Bundesbehörde außerhalb des Kabinetts – eine semantische Hervorhebung der sachlichen Unabhängigkeit – wäre daher unschädlich, wenn in der Sache lediglich Aufgaben einer oberen Bundesbehörde erfüllt werden. Denn Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG schließt die sachliche Unabhängigkeit als solche – unabhängig der Frage der materiellen Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) – nicht aus.<sup>9</sup> Da sich die Funktionen der/des BfDI gegenüber der bisherigen Regelung des BDSG nicht substantiell ändern, sondern allein die Ressortanbindung durch Weisungsrechte gekappt wird, lassen sich die Aufgaben als solche weiterhin als solche einer oberen Bundesbehörde nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG qualifizieren. Dies gilt zumal deshalb, weil die Notwendigkeit einer unionsrechtskonformen Regelung besteht. Freilich darf die insoweit bestehende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nicht dazu missbraucht werden, die Formenbindung des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG zu umgehen und eine eigenständige oberste Verwaltungsebene außerhalb der parlamentarisch-demokratischen Verantwortlichkeit gleichrangig neben der Bundesregierung zu installieren. Daher muss die Behörde im Vergleich zu den Bundesministerien nach Ausstattung, Wertigkeit und Kompetenzen weiterhin eine deutlich nachgeordnete Rolle spielen. Die Aufgaben müssen möglichst punktuell und auf die Kernbereiche des Datenschutzes beschränkt bleiben. Einen Ausbau zu einem selbstständigen Akteur über das unionsrechtlich gebotene Maß hinaus ist zu vermeiden.

Die Errichtung von *Außenstellen* ist grundsätzlich mit Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG unvereinbar. Diese Bestimmung wird zutreffend im Lichte des Satzes 2 dahingehend ausgelegt, dass es sich bei der übertragenen Aufgabe in der Sache um eine solche handeln muss, die einheitlich für das gesamte Bundesgebiet ohne Inanspruchnahme von Unterbehörden bewältigt werden kann.<sup>10</sup> Außenstellen sind hiernach allenfalls insoweit möglich, als eine Aufgabengliederung nicht territorial, sondern funktional erfolgt.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> B. Pieroth, in: H. D. Jarass/ders. (Hrsg.), GG, 13. Aufl. (2014), Art. 87 Rn. 8.

<sup>8</sup> M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2014), Rn. 69 f.

<sup>9</sup> M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2014), Rn. 66.

<sup>10</sup> BVerfGE 14, 197 (211 f.); 110, 33 (49 f.); BVerwGE 124, 47 (68 f.); W. Durner, DVBl. 2011, 853 (857).

<sup>11</sup> B. Pieroth, in: H. D. Jarass/ders. (Hrsg.), GG, 13. Aufl. (2014), Art. 87 Rn. 8.; M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2014), Rn. 68.

### III. Inhaltliche Bewertung

Die überwiegende Zahl der Änderungen führt lediglich die weibliche Amtsbezeichnung alternativ zur bisher allein vorgesehenen männlichen ein. Dies ist schon mit Blick auf die amtierende Bundesbeauftragte eine notwendige Anpassung.

Im Übrigen ist wie folgt Stellung zu nehmen:

#### 1. Aussagegenehmigung und Zeugenrolle

Die bisherige Verpflichtung, vor Zeugenaussagen in administrativen oder gerichtlichen Verfahren die Genehmigung der Bundesregierung einzuholen, *berührt nicht die Unabhängigkeit der Behörde*, sondern aktualisiert nur Rechte bzw. Kompetenzen Dritter, über die die/der BfDI nicht dispositionsbefugt ist. Die Möglichkeit, überhaupt als Zeugin/Zeuge aufzutreten, gehört weder nach nationalem Recht noch nach Unionsrecht zu den Aufgaben der Behörde. Auch die Funktionsbedingungen, das Amt wirksam auszuüben, schließen die Möglichkeit eines uneingeschränkten Zugangs zur Zeugenrolle nicht ein. So wäre es auch möglich, eine Zeugenstellung der/des BfDI gesetzlich generell auszuschließen. Selbst wenn man die Möglichkeit, als Zeuge aufzutreten, mit Blick auf Art. 28 Abs. 3 Richtlinie 95/46/EG für notwendig erachten sollte, um etwaige datenschutzrechtliche Missstände innerhalb der Bundesverwaltung wirksam zu sanktionieren, können Zeugenaussagen legitime Drittinteressen – namentlich des Geheimnisschutzes – berühren. Aus diesem Grund kann eine verfahrensrechtliche Koordination durch Zustimmung Dritter oder ein Genehmigungsvorbehalt vorgesehen werden, um zu verhindern, dass sich die Behörde „selbstherrlich“ über solche konfligierenden Rechte hinwegsetzt. Dies beseitigt die Unabhängigkeit nicht, sondern stellt nur sicher, dass diese rechtskonform ausgeübt wird. Das Genehmigungserfordernis entspricht seiner Konstruktion nach insoweit eher der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG, die die Unabhängigkeit des Gerichts der Hauptsache nicht in Frage stellt, sondern nur dessen Entscheidungskompetenzen begrenzt. Die funktionale Unabhängigkeit gebietet es von vornherein nicht, dass die/der BfDI eigenverantwortlich und allein darüber entscheidet, wann Kompetenzen oder Rechte Dritter durch eine Aussage beeinträchtigt sind.

#### a) Abschaffung des allgemeinen Genehmigungserfordernisses

Bislang sieht das Gesetz konsequent ein grundsätzliches Verschwiegenheitsgebot vor. Zeugenaussagen bedürfen der Genehmigung durch den BMI (§§ 22 Abs. 5-6 BDSG). Der Reformentwurf sieht nunmehr vor, die im Einzelfall zu erteilende Genehmigung durch eine gesetzesunmittelbare Genehmigung zu ersetzen. Dies ist nach vorstehenden Erwägungen *weder notwendig noch sachgerecht*, namentlich für den Schutz des Staatswohls. Die Frage, ob das Wohl des Bundes oder eines Landes oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland betroffen ist, wird jeweils von sehr schwierigen fachlichen Beurteilungen und Prognosen abhängen. Rechtlich besteht insoweit ein Beurteilungsspielraum. Es ist aber von vornherein dysfunktional, die Ausübung der Beurteilung allein in die Hand der/des BfDI zu legen. Zum einen ist diese Behörde kognitiv zu einer angemessenen Beurteilung mit den eigenen Ressourcen in der Regel nicht in der Lage; dies gilt in Sonderheit für die Sicherheits- und Außenpolitik. Zum anderen ist sie auf Grund ihrer Unabhängigkeit auch nicht demokratisch verantwortlich. Die demokratische Verantwortung ist aber bei grundsätzlichen Entscheidungen, die das Staatswohl, die Sicherheit oder die Außenpolitik berühren, unerlässlich.

*Es wird daher empfohlen, die bisherige Verpflichtung, vor einer Aussage als Zeugin/Zeuge die Genehmigung des BMI als sachnächster Behörde einzuholen, beizubehalten und auf die Änderungen unter Buchstaben f) und g) aa) zu verzichten.*

**b) Einvernehmensefordernis zum Schutz eines Kernbereichs der exekutiven Eigenverantwortung**

Der Schutz eines Kernbereichs der exekutiven Eigenverantwortung der Bundesregierung ist verfassungsrechtlich geboten.<sup>12</sup> Es wäre verfassungswidrig, wenn ein nichtjustizielles Organ, das selbst nicht der Bundesregierung angehört, abschließend und allein darüber entscheiden könnte, ob eine Information oder ein Vorgang unter den Kernbereichsschutz fällt. Dem trägt Buchstabe g) bb) durch das zwingende Einvernehmensefordernis Rechnung.

*Die Regelung ist daher zu begrüßen.*

Ein Abstellen auf die Entscheidungsfindung statt Entscheidungsverantwortung, wie im Änderungsantrag der der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (S. 7) vorgeschlagen, ist abzulehnen, weil es nicht nur um die Willensbildung in Bezug auf Entscheidungen geht; gerade Sicherheitsinteressen können eine Abschirmung gebieten, sofern bereits die Verbreitung der Information an eine weitere Stelle ein unverträgliches Risiko markiert, ohne dass eine konkrete Regierungsentscheidung ansteht.

**c) Genehmigungserfordernis bei ehemaligen Beauftragten**

Dass bei früheren Bundesbeauftragten eine Aussagegenehmigung durch die oder den amtierenden Amtsinhaber oder die amtierende Amtsinhaberin erteilt werden muss, ist richtig und konsequent. Denn die funktionale Unabhängigkeit ändert nichts daran, dass es um ein Amt geht, das von der Person des Amtswalters abstrahiert ist: Ein „persönliches“ Ermessen, das unabhängig vom Amt besteht, kann es nicht geben. Über die Frage der Notwendigkeit einer Aussage muss daher immer das amtierende Amtswalter entscheiden, der allein hierfür demokratisch legitimiert ist.

**d) Aussageverweigerungspflicht bei drohender Grundrechtsverletzung**

Der Änderungsentwurf zu § 23 BDSG sieht unter Buchstabe g) vor: „Die oder der Bundesbeauftragte darf als Zeugin oder Zeuge aussagen, es sei denn, die Aussage [...] könnte Grundrechtsverletzungen zur Folge haben“. Dies ist nicht ganz konsequent. Die/der BfDI ist nach Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsgebunden, darf also nicht aussagen, wenn dies Grundrechte verletzen würde. Die Neuregelung stellt hingegen auf eine lediglich *mögliche* Verletzung ab. Es reicht also schon aus, dass eine Grundrechtsverletzung nicht ausgeschlossen ist. In der Sache wird die/der BfDI davon entbunden, die Frage der Grundrechtsverletzung abschließend selbst zu prüfen. Da es in den allermeisten Fällen, in denen private Daten betroffen sind, die im Rahmen einer Zeugenvernehmung ggf. grundrechtsrelevant offen zu legen sind, um Fragen

---

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 67, 100 (139); 124, 78 (120 ff.).

der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (also um Abwägung) gehen wird, ist eine Grundrechtsverletzung prima facie meist *möglich*. Da hieran ein Aussageverbot anknüpft, wäre es konsequenter und in der Handhabe einfacher, der/dem BfDI Zeugenaussagen generell zu verbieten, wenn die Vertraulichkeit bzw. private Rechte betroffen sind.

e) **Verfassungsbruch im pflichtgemäßen Ermessen?**

Der Änderungsantrag der der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (S. 2) sieht vor: „Die oder der Bundesbeauftragte sieht nach pflichtgemäßem Ermessen von einer Aussage im Einzelfall jedoch ganz oder teilweise ab, sofern dies aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist.“ Die/der BfDI ist nach Art. 20 Abs. 3 GG unmittelbar an die Verfassung gebunden, nach Art. 1 Abs. 3 GG namentlich an die Grundrechte. Der Änderungsantrag stellt hingegen die unverbrüchliche Beachtung der Verfassung in das pflichtgemäße Ermessen einer Behörde, was entweder ein bemerkenswertes Redaktionsversehen oder als Ermessen zum Verfassungsbruch evident verfassungswidrig ist.

2. **Personal- und Sachmittelausstattung**

Ein gesetzlicher Anspruch auf Bereitstellung einer Person- und Sachausstattung, der sowohl im Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen als auch in der Stellungnahmen der amtierenden Bundesbeauftragten gefordert wird, *ist nicht zu empfehlen*. Das konkrete Aufgabenprofil und der damit ausgelöste Bedarf an Sach- und Personalmitteln ist – anders als bei einem ebenfalls unabhängigen Gericht oder einer Verwaltungsbehörde – jenseits der originären Administrativaufgaben durch objektive Indikatoren nicht hinreichend quantifizierbar. Die Ausfüllung des abstrakten Aufgabenprofils steht damit weitgehend im politischen Ermessen der/des BfDI. Soweit der Verweis auf eine angemessene Mittelausstattung abstrakt zu verstehen sein sollte, ist die Regelung schlicht überflüssig, weil sie Selbstverständliches ausdrückt. Soweit hingegen ggf. justiziable Ansprüche gegen den Haushaltsgesetzgeber eingeräumt werden sollen (eine Auslegung, die jedenfalls nicht auszuschließen ist), wäre dies mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) unvereinbar. Denn die Verantwortung des Haushaltsgesetzgebers und die Haushaltskontrolle sind die einzigen Hebel, mit denen das nunmehr allein verantwortliche Parlament eine angemessene demokratische Rückkoppelung an den Prozess demokratischer Willensbildung sicherstellen kann.

Der Haushaltsgesetzgeber hat hierbei auch die vom BVerfG geforderte wirksame Kompensationsfunktion der Datenschutzkontrolle in periodischen Abständen sicherzustellen,<sup>13</sup> wobei es primär Sache des Parlaments ist, den konkreten Personalbedarf zu würdigen. Ein Bestimmungsrecht der Behörde über ihren eigenen Bedarf, das einer „Selbstbedienung“ des Dienststellenpersonals zu Lasten der parlamentarischen Budgetverantwortung Vorschub leisten würde, darf es nicht geben.

Entgegen der Forderung der Bundesbeauftragten, ist der Behörde auch keine haushaltsrechtliche Sonderrolle einzuräumen. Namentlich die in Bezug genommenen Regelungen der §§ 28 Abs. 3, 29 Abs. 3 BHO sind nicht auf die/den BfDI zu übertragen. Die Bundesbeauftragte möchte hier eine Gleichstellung mit dem „Bundespräsidenten und der Präsidenten des Bundestages, des Bundesrates, des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesrechnungshofes“ (§ 28 Abs. 3 BHO) erreichen. Es erscheint bereits sehr fraglich, ob dies nicht die Bedeutung und Funktion der Behörde der/des BfDI maßlos überhöht, zumal hier eine solche Forderung

---

<sup>13</sup> BVerfGE 133, 277 (370 f.).

in eigener Sache vorgetragen wird. Jedenfalls würde damit der von Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG eröffnete Kompetenzrahmen überschritten, der eine Schaffung von im Grundgesetz nicht vorgesehenen obersten Bundesbehörden nicht zulässt (siehe oben).

### 3. Nachrichtendienstkontrolle

Eine Erweiterung der Kontrollkompetenzen im Bereich der Nachrichtendienst ist abzulehnen. Dies gilt namentlich für G-10-Erkenntnisse. Die demokratisch nur schwach legitimierte Behörde der/des BfDI träte insoweit in Konkurrenz zu den parlamentarischen Kontrollinstanzen nach Art. 45d GG, Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG i. V. mit §§ 14 ff. G 10 bzw. PKGrG. Die vom BVerfG jüngst wieder betonte Kompensationsfunktion der Datenschutzkontrolle im Bereich heimlicher Datenerhebung und ihrer Verkopplung in Dateiverbänden (namentlich ATDG),<sup>14</sup> setzt nicht notwendig einen Ausbau der bisherigen Kompetenzen voraus.

(Prof. Dr. Klaus F. Gärditz)

---

<sup>14</sup> BVerfGE 133, 277 (371).

**Univ.-Professor Dr. Dirk Heckmann**  
Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs

An den Innenausschuss des  
Deutschen Bundestages  
Platz der Republik 1

11011 Berlin

**Universität Passau**

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Sicherheitsrecht und Internetrecht

Institut für IT-Sicherheit und Sicherheitsrecht

Forschungsstelle für IT-Recht und  
Netzpolitik (for..net)

[www.mein-jura.de](http://www.mein-jura.de)

[www.isl.uni-passau.de](http://www.isl.uni-passau.de)

[www.for-net.info](http://www.for-net.info)

Tel. 0851-509-2290

[heckmann@uni-passau.de](mailto:heckmann@uni-passau.de)

## **Gutachterliche Stellungnahme**

### zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes – Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde (BT-Drucksache 18/2848)

### zum Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes – Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde (bislang ohne Drucksachenummer)

---

### **Vorbemerkungen**

Diese Stellungnahme wurde anlässlich der Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am 1. Dezember 2014 in Berlin erstellt. Sie gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder. Ich danke meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern, Herrn Akademischen Rat a. Z. Florian Albrecht M.A. und Herrn Akademischen Rat a. Z. Alexander Seidl, für wertvolle Mitarbeit.

Aufgrund der zahlreichen und umfangreichen durch das Gesetzgebungsvorhaben aufgeworfenen Rechtsfragen sowie der Kurzfristigkeit der Anfrage können lediglich Anregungen zu ausgewählten Fragestellungen gegeben werden. Ich bitte insoweit um Verständnis.

Passau, den 28. November 2014



# Inhaltsverzeichnis

A.	Ausgangslage und europarechtliche Grundlagen.....	2
I.	Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG) .....	2
II.	Datenschutzgrundverordnung (KOM(2012) 11 endgültig).....	2
B.	Bundesbeauftragter wird oberste Bundesbehörde (§ 22 Abs. 5 BDSG-E).....	3
I.	Gewährleistung einer unabhängigen Stellung.....	3
II.	Dienstsitz in Bonn .....	4
C.	Aussagerecht des Bundesbeauftragten (§ 23 Abs. 6 BDSG-E) .....	4
I.	Beschränkung der Aussagefreiheit bei Nachteilszufügung (§ 23 Abs. 6 Satz 1 BDSG-E) .....	5
II.	Beschränkung der Aussagefreiheit durch den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung der Bundesregierung (§ 23 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E).....	7
D.	Einsicht in G10-Erkenntnisee (§ 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG-E) .....	7
E.	Vorschlagsrecht der Bundesregierung (§ 22 Abs. 1 Satz 1 BDSG) .....	9
F.	Stellung und Befugnisse des Bundesbeauftragten .....	11

## **A. Ausgangslage und europarechtliche Grundlagen**

### **I. Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG)**

Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG besagt, dass die in den Mitgliedstaaten für die Überwachung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen berufenen Stellen (im Folgenden „Kontrollstellen“ genannt) die ihnen zugewiesenen Aufgaben „in völliger Unabhängigkeit“ wahrzunehmen haben. Was unter völliger Unabhängigkeit zu verstehen ist, erläutert die Richtlinie nicht. Die Anforderungen wurden allerdings in den Jahren 2010 und 2012 durch den EuGH konkretisiert.<sup>1</sup>

Hiernach setzt die Unabhängigkeit der Kontrollstellen voraus, dass diese „vor jeglicher Einflussnahme von außen einschließlich der unmittelbaren oder mittelbaren Einflussnahme des Bundes oder der Länder sicher sein müssen und nicht nur vor der Einflussnahme seitens der kontrollierten Einrichtungen.“<sup>2</sup> Dies lässt sich nur dann gewährleisten, wenn die Kontrollstellen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben keinerlei Weisungen, Anordnungen oder sonstigen Beeinflussungen unterliegen.<sup>3</sup> Hierdurch soll u.a. verhindert werden, dass die Entscheidungen der Kontrollstelle von außen gesteuert werden können.<sup>4</sup>

Für das vorliegende Gesetzgebungsvorhaben ist von besonderer Relevanz, dass eine mit der zu gewährleistenden Unabhängigkeit unvereinbare Einflussnahme in der Unterstellung der Kontrollstellen unter eine staatliche Aufsicht „gleich welcher Art“ zu sehen ist, weil hierdurch unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf die Entscheidungen der Kontrollstellen genommen werden kann.<sup>5</sup>

Obgleich der EuGH „jegliche Einflussnahme“ vermieden wissen möchte, lässt seine Rechtsprechung diesbezüglich auch gewisse Einschränkungen erkennen. So sollen etwa nur solche Beeinflussungen relevant sein, die *ein gewisses Gewicht* aufweisen. Relevant ist eine Beeinflussung der Kontrollstellen nur dann, wenn durch sie „in Frage gestellt 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> Mittels der Einschränkung wird vermutlich dem Umstand Rechnung getragen, dass dort, wo Menschen in entscheidungserheblichen Bereichen tätig sind, immer mit Beeinflussungen gerechnet werden muss, die sich auch niemals gänzlich ausschließen lassen werden.

### **II. Datenschutzgrundverordnung (KOM(2012) 11 endgültig)**

Am 12. März 2014 hat das Europäische Parlament über die EU-Datenschutzreform und den Entwurf einer Datenschutzgrundverordnung abgestimmt. Die Entwurfsfassung wird derzeit durch die Mitgliedstaaten beraten und verhandelt. Die Abstimmung zwischen Europäischem Parlament, Rat und Europäischer Kommission ("Trilog") soll voraussichtlich im Jahr 2015 be-

---

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.2010 – C-518/07; EuGH, Urt. v. 16.10.2012 – C-614/10. Im Grundsatz so auch schon BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, juris Rn. 157.

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.2010 – C-518/07, juris Rn. 25, 30.

<sup>3</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.2010 – C-518/07, juris Rn. 28, 30.

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 16.10.2012 – C-614/10, juris Rn. 43.

<sup>5</sup> Diese können ggf. auch aufgehoben oder ersetzt werden; EuGH, Urt. v. 09.03.2010 – C-518/07, juris Rn. 32.

<sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.2010 – C-518/07, juris Rn. 30.

ginnen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass mit dem gegenwärtigen Gesetzgebungsvorhaben lediglich ein „Übergangsrecht“ geschaffen werden kann, da nach Inkrafttreten einer europäischen Datenschutzgrundverordnung die bestehenden Regelungen des BDSG durch die Bestimmungen der Verordnung überlagert werden.

Nach Art. 46 DSGVO hat jeder Mitgliedstaat dafür Sorge zu tragen, dass eine oder mehrere Behörden für die Überwachung der Anwendung der Verordnung zuständig sind und einen Beitrag zu ihrer einheitlichen Anwendung in der gesamten Union leisten, damit die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen bei der Verarbeitung ihrer Daten geschützt und der freie Verkehr dieser Daten in der Union erleichtert werden. Zu diesem Zweck bedarf es der Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden untereinander und mit der Kommission.

Art. 47 Abs. 1 DSGVO regelt explizit die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde: „Die Aufsichtsbehörde handelt bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben und Befugnisse *völlig unabhängig und unparteilich*, vorbehaltlich der Vorkehrungen für Zusammenarbeit und Kohärenz gemäß Kapitel VII dieser Verordnung.“ Die in Erwägungsgrund Nr. 92 ff. befindliche Begründung folgt im Wesentlichen der durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG und die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck kommenden Haltung. In der Praxis wird folglich auch mit Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung keine wesentliche Änderung der Ausgestaltung der Datenschutzaufsicht im Bund einhergehen.

## **B. Bundesbeauftragter wird oberste Bundesbehörde (§ 22 Abs. 5 BDSG-E)**

### **I. Gewährleistung einer unabhängigen Stellung**

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung beseitigt die größten Defizite der bisherigen Regelung und ist mithin ein wichtiger und aus europarechtlicher Sicht zwingend gebotener Schritt zur Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund.

Bislang stehen der durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG geforderten völligen Unabhängigkeit des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (im Folgenden „Bundesbeauftragter“) vor allem dessen organisatorische Anbindung an das Bundesministerium des Innern (BMI), das zugleich auch die Dienstaufsicht ausübt (§ 22 Abs. 5 Satz 2 BDSG), und die Rechtsaufsicht der Bundesregierung (§ 22 Abs. 4 Satz 3 BDSG) entgegen. Diese einer richtlinienkonformen Ausgestaltung entgegenstehenden Defizite werden durch das vorliegende Gesetzgebungsvorhaben beseitigt. Der Bundesbeauftragte wird nach der Entwurfsfassung zu einer obersten Bundesbehörde<sup>7</sup>, die ausschließlich der parlamentarischen und gerichtlichen Kontrolle untersteht (§ 22 Abs. 5 BDSG-E).<sup>8</sup>

Die Befugnis zur Einrichtung der obersten Bundesbehörde folgt aus Art. 86 Satz 2 GG.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Dass es solche Behörden gibt, folgt bereits aus Art. 85 Abs. 3 Satz 2 GG.

<sup>8</sup> So auch die Forderung von *Schild*, DuD 2010, 549, 551. Hierdurch wird gleichwohl nicht, wie die Gesetzesbegründung meint, „in jeder Hinsicht eine völlige Unabhängigkeit hergestellt“ (BT-Drs. 18/2848, S. 13), sondern vielmehr der Grundstein für eine solche gelegt.

<sup>9</sup> *Umbach/Clemens*, in: *Umbach/Clemens GG*, Band II, 2002, Art. 86 Rn. 32.

## II. Dienstsitz in Bonn

Der Dienstsitz des Bundesbeauftragten befindet sich gem. § 22 Abs. 5 Satz 2 BDSG-E des Regierungsentwurfs in Bonn. Mithin wird der Schwerpunkt der Tätigkeit des Bundesbeauftragten von Berlin und mithin dem Ort, an dem die politischen Entscheidungen maßgeblich gefällt und umgesetzt werden, entkoppelt. Hierdurch macht der Gesetzgeber von seiner Organisationshoheit Gebrauch. Verfassungsrechtliche oder europarechtliche Bedenken bestehen nicht.

Allerdings lassen sich verfassungspolitische Bedenken nicht ganz von der Hand weisen. Diese bringt etwa *Schaar* zum Ausdruck, der die Verortung des Dienstsitzes in Bonn als an den Bundesbeauftragten gerichtete Botschaft versteht, wonach er sich nicht zu sehr in das aktuelle politische Geschehen einzumischen habe.<sup>10</sup> Die Problematik wird etwas dadurch entschärft, dass der Bundesbeauftragte auch nach dem Regierungsentwurf im gesamten Bundesgebiet Außenstellen errichten darf, die allerdings keine regionalen Zuständigkeiten aufweisen.<sup>11</sup> Flexibler ausgestaltet ist die in dem Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen enthaltene Regelung. Der Bundesbeauftragte hat seinen Sitz hiernach in Berlin *und* Bonn.<sup>12</sup> Nachvollziehbare Argumente, wieso man die Entscheidung über seinen Dienstsitz nicht gänzlich dem Bundesbeauftragten überlassen möchte, sind in beiden Entwurfsversionen nicht enthalten. Durch ein diesbezügliches Wahlrecht würde jedenfalls die mit dem Gesetzgebungsvorhaben beabsichtigte Unabhängigkeit noch weiter gestärkt.

## C. Aussagerecht des Bundesbeauftragten (§ 23 Abs. 6 BDSG-E)

Mit § 23 Abs. 6 BDSG-E wird das Aussagerecht des Bundesbeauftragten neu geregelt. Die Norm ist sicherlich die umstrittenste des Gesetzgebungsvorhabens. So befürchten etwa *Schaar*<sup>13</sup> und *Weichert*<sup>14</sup>, dass mittels der als „Maulkorbbestimmung“<sup>15</sup> bezeichneten Vorschrift eine parlamentarische Aufklärung von Geheimdienstaffären verhindert werden könnte.

Grundsätzlich ist hinsichtlich der Regelung darauf hinzuweisen, dass der Bundesbeauftragte sein Handeln ungeachtet der zu gewährleistenden Unabhängigkeit nach Recht und Gesetz zu richten hat.<sup>16</sup> Verfassungsrechtlicher Schutz existiert unabhängig von der Ausgestaltung im einfachen Recht.<sup>17</sup> Sofern einfachgesetzliche Regelungen und insbesondere Befugnisse existieren, sind sie verfassungskonform so auszulegen und anzuwenden, dass kollidierende Verfassungsgüter ausreichend Schutz genießen.<sup>18</sup> Mithin wird der Bundesbeauftragte kollidierendes Verfassungsrecht (etwa staatliche Sicherheitsinteressen und Grundrechte) in jedem Fall beachten müssen. Er unterliegt hierbei der gerichtlichen Kontrolle.<sup>19</sup>

---

<sup>10</sup> *Schaar*, Gastbeitrag vom 27.08.2014 auf [www.netzpolitik.org](http://www.netzpolitik.org).

<sup>11</sup> BT-Drs. 18/2848, S. 16.

<sup>12</sup> Zudem wird klargestellt, dass er zur Errichtung von Außenstellen befugt ist.

<sup>13</sup> *Schaar*, Gastbeitrag vom 27.08.2014 auf [www.netzpolitik.org](http://www.netzpolitik.org).

<sup>14</sup> *Weichert*, Unabhängigkeit der Bundesdatenschutzbeauftragten: Gesetzesvorschlag greift zu kurz, Beitrag vom 23.09.2014 auf [www.lto.de](http://www.lto.de).

<sup>15</sup> *Schaar*, Gastbeitrag vom 27.08.2014 auf [www.netzpolitik.org](http://www.netzpolitik.org).

<sup>16</sup> *Ziebarth*, CR 2013, 60, 62; *Albrecht*, jurisPR-ITR 15/2010 Anm. 4.

<sup>17</sup> *Schnabel/Freund*, DÖV 2012, 192, 196.

<sup>18</sup> Vgl. *Schnabel/Freund*, DÖV 2012, 192, 196 (dort Fn. 53).

<sup>19</sup> *Albrecht*, jurisPR-ITR 15/2010 Anm. 4.

Vor diesem Hintergrund nimmt die Regelung der Aussagefreiheit vor allem eine klarstellende Funktion ein. Sofern mit ihr in die Unabhängigkeit des Bundesbeauftragten eingegriffen wird, ist sie mit den Vorgaben der Datenschutzrichtlinie unvereinbar. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn man das Äußerungs- und Aussagerecht als „Eingriffsbefugnis“ im Sinne von Art. 28 Abs. 3 Spiegelstrich 3 der RL 95/46/EG ansieht, mittels der auch die Unabhängigkeit des Bundesbeauftragten gewährleistet werden soll.

### **I. Beschränkung der Aussagefreiheit bei Nachteilszufügung (§ 23 Abs. 6 Satz 1 BDSG-E)**

Gem. § 23 Abs. 6 Satz 1 BDSG-E darf der Bundesbeauftragte dann nicht als Zeuge aussagen, wenn

1. hierdurch dem Wohle des Bundes oder eines deutschen Landes *Nachteile* bereitet würden, insbesondere wenn Nachteile für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder ihre Beziehungen zu anderen Staaten zu besorgen sind, oder
2. die Aussage Grundrechtsverletzungen zur Folge haben *könnte*.

Der erste Halbsatz der Regelung beschränkt sich auf eine bloße Wiederholung dessen, was bereits in § 23 Abs. 5 Satz 3 BDSG-E festgelegt wird: Der Bundesbeauftragte *darf* vor Gericht und außergerichtlich aussagen. Dieser Grundsatz gilt gem. § 23 Abs. 5 Satz 3 BDSG-E bzw. § 23 Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1 BDSG-E. Die diesbezügliche Entscheidung des Bundesbeauftragten ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen.<sup>20</sup> Mithin sind in die bezüglich der Entscheidung über eine mögliche Aussage zu treffende Abwägung regelmäßig alle relevanten Umstände des Einzelfalles einzubeziehen.<sup>21</sup> Eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Entscheidung hat sich auf die Einhaltung der inneren Grenzen des Ermessens zu beschränken.<sup>22</sup>

Anders verhält es sich hingegen in den mit § 23 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG-E adressierten Fällen. Die Reichweite der Einschränkung der Aussagefreiheit, die ihrem Wortlaut nach bereits nicht näher konkretisierte Nachteile für Bund und Länder oder *mögliche* Grundrechtsverletzungen als Ausschlussgründe genügen lässt, wurde bereits kritisiert.<sup>23</sup> Zutreffend wird man davon ausgehen müssen, dass in den genannten Ausnahmefällen eine Ermessensausübung des Bundesbeauftragten nicht möglich ist (vgl. den Wortlaut der Regelung: „es sei denn“). Wenn dem Staatswohl Nachteile bereitet werden oder Grundrechtsverletzungen drohen, spricht auch die Gesetzesbegründung davon, dass der Bundesbeauftragte von einer Aussage absehen *muss*.<sup>24</sup> In diesen Fällen wird mit der Entwurfsfassung eine gebundene Entscheidung getroffen.

Dies wäre für den Handlungsspielraum des Bundesbeauftragten im Ergebnis unschädlich, wenn man ihm etwa aufgrund der Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe „Wohle des Bundes“, „Nachteile bereiten“ und „Grundrechtsverletzungen“ einen Beurteilungsspielraum zubilligen würde. In einem solchen Fall würde sich der Abwägungsvorgang nämlich dem der Ermessens-

---

<sup>20</sup> BT-Drs. 18/2848, S. 18; vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage 2014, § 8 Rn. 319.

<sup>21</sup> Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage 2014, § 8 Rn. 332.

<sup>22</sup> *Ruffert*, in: Knack/Henneke, VwVfG, 10. Auflage 2014, § 40 Rn. 89.

<sup>23</sup> *Schaar*, Gastbeitrag vom 27.08.2014 auf [www.netzpolitik.org](http://www.netzpolitik.org).

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/2848, S. 18.

entscheidung weitgehend annähern.<sup>25</sup> Im Ergebnis wäre der Bundesbeauftragte in seiner Entscheidung auszusagen wiederum nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Die Rechtsprechung gesteht den Adressaten gesetzlicher Regelungen einen solchen Beurteilungsspielraum aber nur ganz ausnahmsweise zu<sup>26</sup>, etwa wenn eine Prognose- oder Risikoentscheidung getroffen werden muss<sup>27</sup> (was hier der Fall sein könnte). Eine klare Linie ist hierbei allerdings nicht ersichtlich.<sup>28</sup> Im Ergebnis könnte die Entscheidung nach § 23 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG-E mithin einer eigenständigen Abwägung durch den Bundesbeauftragten entzogen sein. Sie wäre folglich vollumfänglich gerichtlich überprüfbar.

Der Gesetzgeber ist hinsichtlich der Ausgestaltung der Aussagefreiheit des Bundesbeauftragten nach hier vertretener Auffassung weitgehend frei (zu möglichen Bedenken s.o.). Die gesetzliche Beschränkung der Aussagefreiheit des Bundesbeauftragten ist mithin zuvorderst eine rechtspolitische Entscheidung.

Vor diesem Hintergrund ist die auch die mit dem Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vorgeschlagene Regelungsalternative hinsichtlich Ziffer 1 und Ziffer 2, mit der im Vergleich zur Regelung des Regierungsentwurfs weniger in die Freiheit des Bundesbeauftragten eingegriffen wird, mit den rechtlichen Vorgaben vereinbar.

<b>Regierungsentwurf</b>	<b>Fraktion Bündnis 90/Die Grünen</b>
1. würde dem Wohle des Bundes oder eines deutschen Landes <i>Nachteile bereiten</i> , insbesondere wenn Nachteile für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder ihre Beziehungen zu anderen Staaten <i>zu besorgen sind</i>	1. die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland <i>gefährdet würde</i>
2. <i>könnte</i> Grundrechtsverletzungen zur Folge <i>haben</i>	2. Grundrechte <i>verletzt würden</i>

Die Regelung setzt hinsichtlich der durch eine Aussage des Bundesbeauftragten befürchteten negativen Folgen im Vergleich zur Regelung des Regierungsentwurfs eine größere Schadenswahrscheinlichkeit voraus.

<sup>25</sup> Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage 2014, § 8 Rn. 377.

<sup>26</sup> Ruffert, in: Knack/Henneke, VwVfG, 10. Auflage 2014, § 40 Rn. 97.

<sup>27</sup> Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage 2014, § 8 Rn. 376.

<sup>28</sup> Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage 2014, § 8 Rn. 376.

## **II. Beschränkung der Aussagefreiheit durch den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung der Bundesregierung (§ 23 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E)**

Mit § 23 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E des Regierungsentwurfs wird eine Beschränkung der Aussagefreiheit des Bundesbeauftragten vorgesehen, wenn dessen Aussage laufende oder abgeschlossene Vorgänge betrifft, die dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung der Bundesregierung zuzurechnen sind oder sein *könnten*. In diesen Fällen darf der Bundesbeauftragte nur im Einvernehmen mit der Bundesregierung aussagen. Die in der Entwurfsfassung angelegte Verantwortungsteilung zwischen Bundesregierung und Bundesbeauftragten kann mit Blick auf die sich überschneidenden bzw. miteinander kollidierenden Aufgabenfelder grundsätzlich positiv bewertet werden.

Allerdings spricht vieles dafür, dass diese Regelung mit der europarechtlichen Forderung nach völliger Unabhängigkeit der Kontrollstellen unvereinbar ist. Faktisch wird mit der Pflicht zur Herstellung eines Einvernehmens nämlich ein Abhängigkeitsverhältnis aufgebaut. Verweigert die Bundesregierung ihre Zustimmung, wird der Bundesbeauftragte insoweit handlungsunfähig. Dass der EuGH auf diesem Gebiet besonders sensibel ist, hat er bereits darin zum Ausdruck gebracht, dass schon ein durch den Bundeskanzler eines Mitgliedstaats ausgeübtes Unterrichtsrecht über die Gegenstände der Geschäftsführung der Kontrollstelle zur mittelbaren Einflussnahme und mit der erforderlichen Unabhängigkeit der Kontrollstellen unvereinbar erklärt wurden.<sup>29</sup> Dies wird erst recht dann gelten müssen, wenn eine Handlung des Bundesbeauftragten von der „Genehmigung“ der Bundesregierung abhängig gemacht wird.

Ersichtlich rechtskonform ausgestaltet ist hingegen die seitens der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vorgeschlagene Regelungsalternative, die nach ihrer Ziffer 3 auch in diesen Fällen eine Ermessensentscheidung des Bundesbeauftragten fordert. Dass eine Aussage des Bundesbeauftragten auch im Falle der Beeinträchtigung des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung erfolgen darf, wenn hierdurch schwerwiegende Rechtsverletzungen oder Missstände aufgedeckt werden, entspricht dem Grundsatz der Ermessensausübung bzw. der in diesem Zusammenhang gebotenen Abwägung aller relevanten Umstände des Einzelfalles.<sup>30</sup>

## **D. Einsicht in G10-Erkenntnisee (§ 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG-E)**

Der Änderungsantrag der Fraktion Bündnis90/Die Grünen regt hinsichtlich der Änderung von § 24 BDSG die Aufnahme folgenden Satzes wohl in § 24 Abs. 2 (nicht Abs. 1) Satz 3 BDSG – der aus Lese erleichterung mitzitiert wird – an: „<sup>3</sup>Personenbezogene Daten, die der Kontrolle durch die Kommission nach § 15 des Artikel 10-Gesetzes unterliegen, unterliegen nicht der Kontrolle durch den Bundesbeauftragten, es sei denn, die Kommission ersucht den Bundesbeauftragten, die Einhaltung der Vorschriften über den Datenschutz bei bestimmten Vorgängen oder in bestimmten Bereichen zu kontrollieren und ausschließlich ihr darüber zu berichten. <sup>4</sup>*Davon unbeschadet ist der oder dem Bundesbeauftragten Einsicht in G10-Erkenntnisee zu gewähren, soweit auf der Grundlage von durch G10-Maßnahmen erlangten Daten weitere Datenverarbeitungsvorgänge vorgenommen wurden, die der Kontrolle des Bundesbeauftragten unterliegen.*“

<sup>29</sup> EuGH, Urt. v. 16.10.2012 – C-614/10, juris Rn. 63.

<sup>30</sup> Vgl. Schnabel/Freund, DÖV 2012, 192, 194.

Mit der Gesetzesänderung soll eine Lücke in der Datenschutzkontrolle geschlossen werden, die dadurch entstünde, dass bestimmte personenbezogene Daten, die in den Zuständigkeitsbereich der G10-Kommission fallen, in der Praxis pauschal der Kontrolle des Bundesbeauftragten entzogen würden. In zu weiter Auslegung des § 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG werde dem Bundesbeauftragten die Einsicht in G10-Erkenntnisse auch insoweit verwehrt, als darauf fußende weitere Datenverarbeitungsvorgänge an sich seiner gesetzlichen Kontrollpflicht unterlägen. Die Neuregelung stelle klar, dass dem Bundesbeauftragten Einsicht in G10-Erkenntnisse zu gewähren ist, soweit dies zur Wahrnehmung der ihm obliegenden Kontrolle der weiteren Verarbeitungskette erforderlich ist.

Nach § 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG unterliegen personenbezogene Daten, „die der Kontrolle durch die Kommission nach § 15 des Artikel 10-Gesetzes unterliegen“, grundsätzlich nicht der Kontrolle durch den Bundesbeauftragten.<sup>31</sup> Mit der Neufassung des Artikel 10-Gesetzes im Jahr 2001 wurde der G10-Kommission nach § 15 des Artikel 10-Gesetzes umfassende Kontrollkompetenz eingeräumt. Nach § 15 Abs. 5 Satz 2 des Artikel 10-Gesetzes erstreckt sich die Kontrollbefugnis der Kommission auf die „gesamte Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der nach diesem Gesetz erlangten personenbezogenen Daten durch Nachrichtendienste des Bundes einschließlich der Entscheidung über die Mitteilung an Betroffene“. Die Gesetzesbegründung führt hinsichtlich des Datenschutzes hierzu aus: „Weiterhin hat sie [die G10-Kommission] das Recht, den Vorgang der Datenerhebung zu kontrollieren und die Datenverarbeitung bei den erhebenden Stellen nachzuprüfen. Sie kann ferner die Einhaltung der in §§ 4, 6 und 7 [des Artikel 10-Gesetzes] genannten datenschutzrechtlichen Bestimmungen kontrollieren, insbesondere Löschungs- oder Übermittlungsprotokolle einsehen und die Kennzeichnung von Daten prüfen.“<sup>32</sup> Der Bundesbeauftragte ist insoweit unzuständig. Die Ausnahme in der Zuständigkeit des Bundesbeauftragten in § 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG wurde bei ihrer Einführung damit begründet, „daß im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene Kontrolle durch die Kommission nach § 9 [jetzt: § 15] des Gesetzes zu Artikel 10 GG eine zusätzliche umfassende Kontrolle durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz nicht erforderlich ist. Nach den für die Auslegung des Gesetzes zu Artikel 10 GG verbindlichen Aussagen im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1970 erstreckt sich die Kompetenz der Kommission auf „alle Organe, die mit der Vorbereitung, Entscheidung, Durchführung und Überwachung des Eingriffs in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis befaßt sind, und alle Maßnahmen dieser Organe [BVerfGE 30, 1 (23)]“.<sup>33</sup>

Auch die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten im Rahmen der Aufgabenerfüllung durch die Kommission ist wegen des engen Sachzusammenhangs der Kontrolle durch den Bundesbeauftragten entzogen.<sup>34</sup> § 15 Abs. 5 Satz 4 des Artikel 10-Gesetzes gibt der Kommission aber die Möglichkeit, dem Bundesbeauftragten Gelegenheit zur Stellungnahme in Fragen des Datenschutzes zu geben. Nur wenn die Kommission ihm einen gezielten Kontrollauftrag (für einen einzelnen Sachverhalt oder einen ganzen Komplex)<sup>35</sup> erteilt, kann er in diesem Rahmen

---

<sup>31</sup> *Dammann*, in: Simitis, BDSG, 8. Auflage 2014, § 24 Rn. 22.

<sup>32</sup> BT-Drs. 14/5655, S. 26.

<sup>33</sup> BT-Drs. 11/4306, S. 48.

<sup>34</sup> *Dammann*, in: Simitis, BDSG, 8. Auflage 2014, § 24 Rn. 22.

<sup>35</sup> BT-Drs. 11/4306, S. 48.



tätig werden.<sup>36</sup> Die Ergebnisse darf er aus Gründen der Geheimhaltung nicht in seinen Tätigkeitsbericht aufnehmen, sondern darf sie ausschließlich der Kommission mitteilen.<sup>37</sup>

Die Kontrollkompetenz des Bundesbeauftragten bei Stellen des Bundes, die Daten erhalten haben, welche im Rahmen des Artikel 10-Gesetzes erhoben worden sind, bleibt unberührt.<sup>38</sup> Die Kontrolle dieser Stellen unterliegt seiner Zuständigkeit. Die Grenze der Zuständigkeit zwischen G10-Kommission und Bundesbeauftragten ist am BDSG und Artikel 10-Gesetz fest zu machen. Die Zuständigkeit des Bundesbeauftragten beginnt dort, wo die Zuständigkeit der G10-Kommission endet. Letztere ist zuständig für die „gesamte Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der nach diesem Gesetz erlangten personenbezogenen Daten durch Nachrichtendienste des Bundes einschließlich der Entscheidung über die Mitteilung an Betroffene“, vgl. § 15 Abs. 5 Satz 2 des Artikel 10-Gesetzes. Für Datenverarbeitungsvorgänge außerhalb dieses Bereichs ist der Bundesbeauftragte zuständig.

Ob dem Bundesbeauftragten bislang eine Einsicht in G10-Erkenntnisse gesetzlich gewährt war, wie dies der Änderungsantrag der Fraktion Bündnis90/Die Grünen nahe legt, ist ungeklärt. Aus datenschutzrechtlicher Sicht mag es aufgrund der Komplexität datenverarbeitungsrechtlicher Vorgänge in der modernen Informationstechnologie und der vermutlich fachnäheren und intensiveren Fokussierung auf den Datenschutz wünschenswert sein, dennoch erscheint ein Einsichtsrecht nicht zwingend geboten. Eine derartige Einsichtnahme dürfte aufgrund der Prüfung durch die G10-Kommission nicht erforderlich sein, weil der Bundesbeauftragte – soweit eine Prüfung durch die Kommission erfolgt – von der datenschutzrechtlichen Rechtmäßigkeit ausgehen darf. Sollte vom Gesetzgeber die Gewährung der Einsicht des Bundesbeauftragten in G10-Erkenntnisse, soweit diese zur Wahrnehmung der ihm obliegenden Kontrolle der weiteren Verarbeitungskette erforderlich ist, gewünscht sein, ist zumindest ergänzend zu regeln, dass er diese Erkenntnisse aus Geheimhaltungsgründen nicht in seinem Bericht veröffentlichen darf.

### **E. Vorschlagsrecht der Bundesregierung (§ 22 Abs. 1 Satz 1 BDSG)**

Nicht durch das Gesetzgebungsvorhaben angetastet wird § 22 Abs. 1 Satz 1 BDSG. Die Regelung sieht vor, dass der Bundesbeauftragte auf Vorschlag der Bundesregierung mit absoluter Mehrheit gewählt wird. Hinsichtlich der Ausübung des Vorschlagsrechts ist die Bundesregierung flexibel. So können dem Bundestag einzelne Kandidaten oder auch Listenvorschläge (mit und ohne Reihung) unterbreitet werden.<sup>39</sup> Entscheidend ist hinsichtlich der Regelung allerdings, dass der Bundestag keinen Kandidaten wählen kann, der nicht seitens der Bundesregierung vorgeschlagen wurde.<sup>40</sup> Nach der Intention der Vorschrift soll nur eine Person Bundesbeauftragter werden können, die das Vertrauen der Bundesregierung genießt.<sup>41</sup> Diese Regelung, die mit der geforderten völligen Unabhängigkeit und Kontrolltätigkeit des Bundesbeauftragten unvereinbar sein könnte, soll unverändert bleiben.

---

<sup>36</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 11. Auflage 2012, § 24 BDSG, Rn. 9.

<sup>37</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 11. Auflage 2012, § 24 BDSG, Rn. 9.

<sup>38</sup> Dammann, in: Simitis, BDSG, 8. Auflage 2014, § 24 Rn. 23.

<sup>39</sup> Dammann, in: Simitis, BDSG, 8. Auflage 2014, § 22 Rn. 6.

<sup>40</sup> Dammann, in: Simitis, BDSG, 8. Auflage 2014, § 22 Rn. 6.

<sup>41</sup> Vgl. Hullen, in: Plath, BDSG, 2013, § 22 Rn. 4.

Im Schrifttum liegen bereits kritische Stimmen vor. So weist *Weichert* darauf hin, dass dieses Vorschlagsrecht aufgrund der Nähe der Bundesregierung zu der seitens des Bundesbeauftragten zu kontrollierenden Bundesverwaltung mit der zu gewährleistenden vollständigen Unabhängigkeit des Bundesbeauftragten unvereinbar ist.<sup>42</sup> Dem könnte man etwa vor dem Hintergrund, dass auch der EuGH die Regierungen der Mitgliedsstaaten ausdrücklich als Risikofaktoren für die Gewährleistung des Datenschutzes benennt durchaus folgen. Der EuGH stellt fest, dass gerade die Regierungen „möglicherweise ein Interesse an der Nichteinhaltung der Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten [haben], wenn es um die Verarbeitung solcher Daten im nichtöffentlichen Bereich geht.“<sup>43</sup> Die im Vorschlagsrecht der Bundesregierung fußende Gefahr einer politischen Einflussnahme des Bundesbeauftragten könnte bereits ausreichen, um die Unabhängigkeit der Kontrollstelle zu beeinträchtigen.<sup>44</sup> Der EuGH fordert schließlich, dass die Kontrollstellen „über jeglichen Verdacht der Parteilichkeit erhaben“<sup>45</sup> sein müssen. Dies sei „unter allen Umständen“ zu beachten.<sup>46</sup>

Die Regelung begegnet zudem auch praktischen Schwierigkeiten. Im Schrifttum wird diesbezüglich etwa darauf hingewiesen, dass keine Regelung für den Fall existiert, dass der von der Bundesregierung vorgeschlagene Kandidat durch den Bundestag nicht gewählt wird.<sup>47</sup> *Gola/Schomerus* gehen davon aus, dass das Verfahren dann so lange wiederholt werden muss, bis ein vorgeschlagener Kandidat zum Bundesbeauftragten gewählt wird.<sup>48</sup> Eine Antwort auf die Frage, was angesichts des ggf. lange andauernden Verfahrens in der Zwischenzeit mit der unbesetzten Position geschieht, wird allerdings auch seitens dieser Autoren nicht gegeben.

Beide Kritikpunkte werden durch die Erwartung und Erfahrung entschärft, wonach die Bundesregierung regelmäßig verantwortungsvoll mit ihrem Vorschlagsrecht umgehen und nur mehrheitsfähige Kandidaten vorschlagen wird.<sup>49</sup> In der Praxis wird dem Vorschlag eines Kandidaten wohl immer eine Abstimmung zwischen der Bundesregierung und den sie tragenden Fraktionen vorausgehen.<sup>50</sup> Dass etwa im Falle der Verlagerung des Vorschlagsrechts auf den Deutschen Bundestag im Ergebnis ein anderer Kandidat zum Bundesbeauftragten gewählt würde, ist mithin nicht ersichtlich.

Dass gleichwohl alternative Vorgehensweisen bereits in Betracht gezogen werden, verdeutlicht der Antrag der Fraktionen der CDU, FDP und PIRATEN, der am 11.07.2014 in den Schleswig-Holsteiner Landtag eingebracht wurde.<sup>51</sup> Hierin wird gefordert, das Amt des Landesbeauftragten für den Datenschutz öffentlich in geeigneter Weise auszuschreiben. Dies könnte eine sinnvolle Alternative sein, setzt allerdings voraus, dass die Position durch ein bspw. an § 4f Abs. 2 BDSG<sup>52</sup>

---

<sup>42</sup> *Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 4. Auflage 2014, § 22 Rn. 2; kritisch auch *Schaar*, Gastbeitrag vom 27.08.2014 auf [www.netzpolitik.org](http://www.netzpolitik.org).

<sup>43</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.2010 – C-518/07, juris Rn. 35.

<sup>44</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 09.03.2010 – C-518/07, juris Rn. 36.

<sup>45</sup> EuGH, Urt. v. 09.03.2010 – C-518/07, juris Rn. 36.

<sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 16.10.2012 – C-614/10, juris Rn. 64.

<sup>47</sup> *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, Stand: 47. Ergänzungslieferung aus Januar 2014, § 22 Rn. 4.

<sup>48</sup> *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Auflage 2012, § 22 Rn. 2.

<sup>49</sup> *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, Stand: 47. Ergänzungslieferung aus Januar 2014, § 22 Rn. 4.

<sup>50</sup> *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Auflage 2012, § 22 Rn. 2.

<sup>51</sup> LT-Drs. 18/2145.

<sup>52</sup> Vertiefend hierzu *Albrecht/Dienst*, JurPC Web-Dok. 19/2011.

angelehntes Anforderungsprofil näher beschrieben wird. Schließlich wird im Schrifttum darüber hinaus auch eine aus rechtlicher Sicht durchaus mögliche Direktwahl durch das Volk in Erwägung gezogen.<sup>53</sup>

## **F. Stellung und Befugnisse des Bundesbeauftragten**

Art. 28 Abs. 3 Spiegelstrich 3 der RL 95/46/EG ordnet an, dass die Kontrollstellen über „wirksame Eingriffsbefugnisse“ verfügen müssen. Als Beispiele werden insoweit genannt: „im Einklang mit Artikel 20 vor der Durchführung der Verarbeitungen Stellungnahmen abzugeben und für eine geeignete Veröffentlichung der Stellungnahmen zu sorgen, oder die Befugnis, die Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder das vorläufige oder endgültige Verbot einer Verarbeitung anzuordnen, oder die Befugnis, eine Verwarnung oder eine Ermahnung an den für die Verarbeitung Verantwortlichen zu richten oder die Parlamente oder andere politische Institutionen zu befassen“.

Das Gesetzgebungsverfahren sollte mithin zum Anlass genommen werden, die gegenwärtig bestehenden Aufsichts- und Sanktionsmöglichkeiten des Bundesbeauftragten einer kritischen Würdigung zu unterziehen.<sup>54</sup> Dass die ihm gegenwärtig zur Verfügung stehenden Befugnisse der Kontrolle (§ 24 BDSG, § 115 Abs. 4 TKG, § 42 Abs. 3 PostG) und Beanstandung (§ 25 BDSG; § 115 Abs. 4 TKG, § 42 Abs. 3 PostG) jedenfalls keine „scharfen Schwerter“ sind, ist unschwer ersichtlich. Über eigene Mittel zur Erzwingung einer rechtskonformen Datenverarbeitung verfügt der Bundesbeauftragte bislang nicht.<sup>55</sup> Angesichts der Komplexität und Vielschichtigkeit der Materie kann die vorliegende Stellungnahme insoweit allerdings nur einen ersten Impuls geben.

---

<sup>53</sup> Ziebarth, CR 2013, 60, 61 m.w.N.

<sup>54</sup> Vgl. Weichert, Unabhängigkeit der Bundesdatenschutzbeauftragten: Gesetzesvorschlag greift zu kurz, Beitrag vom 23.09.2014 auf [www.lto.de](http://www.lto.de); vgl. Schaar, Gastbeitrag vom 27.08.2014 auf [www.netzpolitik.org](http://www.netzpolitik.org).

<sup>55</sup> Eckhardt, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 115 TKG Rn. 23.



Die Bundesbeauftragte  
für den Datenschutz und  
die Informationsfreiheit

Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache  
18(205) E

**Andrea Voßhoff**

Bundesbeauftragte für den Datenschutz  
und die Informationsfreiheit

POSTANSCHRIFT Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit,  
Postfach 1468, 53004 Bonn

Vorsitzender des Innenausschusses  
des Deutschen Bundestages  
Herrn Wolfgang Bosbach

HAUSANSCHRIFT Husarenstraße 30, 53117 Bonn  
VERBINDUNGSBÜRO Friedrichstraße 50, 10117 Berlin

TELEFON (0228) 997799-100  
TELEFAX (0228) 997799-550  
E-MAIL ref1@bfdi.bund.de

Mitglieder des Deutschen Bundesta-  
ges

INTERNET [www.datenschutz.bund.de](http://www.datenschutz.bund.de)

DATUM Bonn, 21.11.2014  
GESCHÄFTSZ. I-101/025#0106

Herrn Stephan Mayer  
stephan.mayer@bundestag.de

Bitte geben Sie das vorstehende Geschäftszeichen bei  
allen Antwortschreiben unbedingt an.

Herrn Gerold Reichenbach  
gerold.reichenbach@bundestag.de

Herrn Jan Korte  
jan.korte@bundestag.de

Herrn Dr. Konstantin von Notz  
konstantin.notz@bundestag.de

innenausschuss@bundestag.de

BETREFF **Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetz-  
es - Stärkung der Unabhängigkeit des Datenschutzaufsicht im Bund durch  
Errichtung einer obersten Bundesbehörde, BT-Drucksache 18/2848**

HIER Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 1.  
Dezember 2014



Sehr geehrter Herr Vorsitzender,  
sehr geehrte Herren Abgeordnete,

für Ihre Einladung, als Sachverständige an der öffentlichen Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages teilzunehmen, danke ich Ihnen. Die Gelegenheit, eine schriftliche Stellungnahme abzugeben, nehme ich gern wahr.

Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/2848) habe ich in meinem Positionspapier vom 15. Oktober 2014 bereits ausführlich Stellung genommen.

Als Bestandteil meiner Stellungnahme füge ich das Positionspapier diesem Schreiben als Anlage noch einmal bei.

In meiner nachfolgenden Stellungnahme beschränke ich mich daher darauf, die Ausführungen in meinem Positionspapier zu ergänzen und zu dem Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen auf Ausschussdrucksache 18(4)193 Stellung zu nehmen.

Wie bereits in der Vorbemerkung meines Positionspapiers ausgeführt, begrüße ich es, dass mit dem vorliegenden Gesetzentwurf zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG-E) nunmehr auch die europarechtlich gebotene völlige Unabhängigkeit der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) hergestellt werden soll. Die beabsichtigte Schaffung einer neuen eigenständigen und unabhängigen obersten Bundesbehörde BfDI bei gleichzeitiger Streichung der bisher bestehenden Rechtsaufsicht durch Bundesregierung und der Dienstaufsicht durch das Bundesministerium des Innern stellen aber nur das Mindestmaß für eine europarechtskonforme Umsetzung der dazu vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) aufgestellten Anforderungen dar.

Sowohl hinsichtlich seiner materiell-rechtlichen Regelungen, als auch im Hinblick auf die vorgesehene Sach- und Personalmittelausstattung bedarf der Gesetzentwurf deshalb der in meinem Positionspapier erläuterten Änderungen bzw. Ergänzungen.

## **1. Gerichtliche und außergerichtliche Aussagebefugnis der BfDI**

Wie unter A.1 meines Positionspapiers ausgeführt, sind die in Art. 1 Nr. 10 lit. g) für § 23 Abs. 6 Satz 1 BDSG-E vorgeschlagenen materiell-rechtlichen



Rahmenbedingungen für die Aussagebefugnis der BfDI überflüssig und sollten gestrichen werden.

Ergänzend zu meinen Ausführungen unter A.1.b) des Positionspapiers möchte ich noch einmal verdeutlichen, dass der Vorschlag zu § 23 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E eine zu weitgehende Einschränkung der Unabhängigkeit der BfDI darstellt, und deshalb ebenfalls entfallen sollte. Sofern die BfDI aufgrund ihrer Beratungs- und Kontrollaufgaben gegenüber öffentlichen Stellen des Bundes überhaupt über Unterlagen verfügen sollte, die dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung der Bundesregierung zuzurechnen sind, verbietet die europarechtlich gebotene völlige Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht jeden Anschein einer politischen Einflussnahme von außen und damit auch das im Gesetzentwurf vorgesehene Einvernehmen mit der Bundesregierung. Durch die Möglichkeit, das Einvernehmen nicht zu erteilen, bekäme die Bundesregierung einen weitreichenden politischen Einfluss darüber zu entscheiden, in welchem Umfang die BfDI z. B. gegenüber parlamentarischen Untersuchungsausschüssen zur Aufklärung beitragen kann. Darüber hinaus widerspricht die Einvernehmensregelung auch der inneren Systematik des BDSG im Übrigen. Im Hinblick auf die Vorlage von Akten oder vergleichbaren Beweismitteln entscheidet die BfDI richtigerweise schon jetzt eigenständig über das Bestehen von Ausnahmetatbeständen. Ebenso kann sich die BfDI gemäß § 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG jederzeit an den Deutschen Bundestag wenden, ohne dass es hierfür einer Genehmigung bedürfte. Auch in diesem Falle muss die BfDI selbst entscheiden können, welche Tatsachen unter Beachtung ihrer Verschwiegenheitspflicht mitgeteilt werden können. Die Einvernehmensregelung ist daher aus europarechtlichen und systematischen Gründen zu streichen. Akzeptabel wäre an dieser Stelle allenfalls eine Benehmensregelung, die eine Konsultationsmöglichkeit mit der Bundesregierung eröffnet, jedoch nicht zu einem Eingriff in die Unabhängigkeit der BfDI führt.

Der Vorschlag in Nr. 2 b) des Änderungsantrages der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen für eine Neufassung des § 23 Abs. 6 BDSG, wonach die BfDI auch eigenverantwortlich abzuwägen habe, ob eine etwaige Aussage aus Gründen der Beeinträchtigung des Kernbereichs der exekutiven Eigenverantwortung der Bundesregierung einzuschränken sei, erscheint grundsätzlich bedenkenswert. M. E. enthält der Vorschlag aber keinen eigenständigen materiellrechtlichen Inhalt, der einer gesetzlichen Normierung bedürfte. Zudem gebe



ich zu Bedenken, dass in den Fällen, in denen die Einschränkung einer Aussage aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geboten ist, eine Aussage zu unterlassen ist. Ein Ermessensspielraum besteht in diesen Fällen nicht. Darüber hinaus entspricht die vorgeschlagene Regelung, wonach die Einschränkung einer etwaigen Aussage mit dem öffentlichen Interesse an der Aufklärung von Rechtsverletzungen und Missständen abzuwägen sei, der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung und ist daher bereits von Verfassung wegen zu beachten.

## **2. Aussagegenehmigung für den ehemaligen BfDI**

Der in § 23 Abs. 5 Satz 3 BDSG-E vorgesehenen Regelung, wonach der amtierende BfDI seinem Amtsvorgänger die Genehmigung zu einer außergerichtlichen oder gerichtlichen Aussage zu erteilen hat, stimme ich zu. Die im Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, der sich in Nr. 2 a) für eine Streichung der o. a. Regelung ausspricht, zum Ausdruck kommende Befürchtung, der Amtsvorgänger würde bei seiner Entscheidung über eine etwaige Aussage infolge des Genehmigungsvorbehalts des amtierenden BfDI unzulässig beeinflusst werden, teile ich hingegen nicht.

Der BfDI ist nach seinem Ausscheiden anderen Personen in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis gleichgestellt und bedarf in Folge des Wegfalls der Unabhängigkeitseigenschaft einer Aussagegenehmigung. Die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Aussagebefugnis gelten dabei auch für ihn. Ich halte es für sachgerecht, wenn der amtierende BfDI die dabei zu treffenden Abwägungen gemeinsam mit dem Amtsvorgänger trifft, zumal dieser nach seinem Ausscheiden kaum noch valide Informationen über das laufende Regierungshandeln haben dürfte.

## **3. Außenstellen**

Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen schlägt in Nr. 1 b) ihres Änderungsantrages vor, neben dem im Gesetzentwurf bereits vorgesehenen Dienstsitz in



Bonn einen gleichwertigen Dienstsitz in Berlin einzurichten. Dies halte ich nicht für erforderlich.

Auf der Ebene der obersten Bundesbehörden gibt es für eine solche Lösung bislang kein Vorbild. Die Bundesministerien haben gemäß § 4 Berlin/Bonn-Gesetz i. V. m. mit dem jeweiligen Organisationserlass der Bundeskanzlerin ihren Sitz entweder in Berlin oder in Bonn und zusätzlich „auch“ einen Dienstsitz in der jeweils anderen Stadt. Hier wird ein klares Rangverhältnis zwischen dem eigentlichen Sitz und dem weiteren Dienstsitz deutlich. Auch beim Bundesrechnungshof bestehen ein Sitz (in Bonn) und eine Außenstelle (in Potsdam). Das bestehende Verbindungsbüro der BfDI in Berlin gewährleistet seit seiner Einrichtung im Jahre 2008 im Sinne einer funktionalen Außenstelle die erforderliche Präsenz der BfDI am Sitz des Deutschen Bundestages und der Bundesregierung und stellt deren Beratung in datenschutzrechtlichen Angelegenheiten sicher.

Die Möglichkeit, Außenstellen einrichten zu dürfen, sollte aber in § 22 Abs. 5 BDSG-E ausdrücklich geregelt werden. Ich verweise insoweit auf mein Petition unter A.3 meines Positionspapiers. Zur Klarstellung weise ich darauf hin, dass mit der Einrichtung funktionaler Außenstellen eine Errichtung von Mittel- oder Unterbehörden im Sinne von Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG weder verbunden noch intendiert ist.

#### **4. Stärkung der Durchsetzungsbefugnisse**

Ergänzend zu meinen Ausführungen unter A.6 meines Positionspapiers weise ich darauf hin, dass die in einem weiteren Gesetzgebungsverfahren zeitnah vorzunehmende Stärkung der Durchsetzungsbefugnisse wiederum mit einem steigenden Personal- und Sachmittelaufwand einhergehen.

Schon bisher ist der erfolgte Aufgabenzuwachs der BfDI in der Vergangenheit nicht durch eine entsprechende Personal- und Sachmittelaufstockung kompensiert worden. Die Beratung des Gesetzentwurfs zur Herstellung der Unabhängigkeit der BfDI sollte deshalb zunächst dazu genutzt werden, die bestehenden Ausstattungsdefizite zur Erfüllung der derzeit bestehenden Aufgaben





der BfDI auszugleichen, bevor über die Einräumung weiterer Kompetenzen diskutiert wird.

Unbeschadet dessen bemerke ich in diesem Zusammenhang zum Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen Folgendes:

Der Vorschlag in Nr. 3 a) des Änderungsantrages, wonach der BfDI Einsicht in G10-Erkenntnisse zu gewähren ist, soweit auf ihrer Grundlage weitere Datenverarbeitungen vorgenommen werden, die der Kontrolle der BfDI unterliegen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Zwar ist dies schon nach dem geltenden § 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG nicht ausgeschlossen. In der Praxis sind jedoch Konflikte über die Reichweite des Einsichtsrechts nicht auszuschließen. Eine gesetzliche Klarstellung, die im Übrigen keine erweiterte Kontrollkompetenz der BfDI bezüglich aus G 10- Maßnahmen erlangten Informationen bedeuten würde, wäre deshalb hilfreich.

Positiv stehe ich auch der Intention des Vorschlages in Nr. 4b des Änderungsantrages gegenüber, wonach in § 26 Abs. 3 BDSG die Verpflichtung aufgenommen werden solle, die BfDI bei allen Vorhaben die ihre Belange betreffen, frühzeitig zu beteiligen. Zwar existiert eine derartige Verpflichtung bereits nach der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien. Durch die Aufnahme in das BDSG würde sie aber einerseits eine größere Verbindlichkeit erfahren. Andererseits wären durch eine allgemeine Regelung in § 26 Abs. 3 BDSG auch Stellen außerhalb der Bundesregierung verpflichtet und als formelles und materielles Bundesgesetz würde der europarechtlichen Vorgabe des Art. 28 Abs. 2 der Richtlinie 95/46/EG in geeigneterer Weise entsprochen. Anknüpfungspunkt einer solchen Regelung sollten aber nicht die Belange der BfDI als solcher, sondern ihre Aufgaben der datenschutzrechtlichen Kontrolle sein.

## **5. Personal- und Sachausstattung**

Den im Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen unter Nr. 1 b) unterbreiteten Vorschlag begrüße ich. Wie in A.4 meines Positionspapiers ausgeführt, halte ich eine Regelung, wonach der BfDI die zur Erfüllung der



Aufgaben notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen ist, ebenfalls für notwendig.

Ergänzend möchte ich noch einmal betonen, dass die BfDI ohne die notwendige Ausstattung von politischer Einflussnahme nicht völlig unabhängig ist. Auch der EuGH hat klargestellt, dass die Zuweisung der personellen und sächlichen Mittel die Datenschutzaufsichtsbehörde nicht daran hindern dürfe, ihre Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahrzunehmen. Folgerichtig enthält Art. 47 Abs. 5 des Entwurfs einer europäischen Datenschutz-Grundverordnung eine entsprechende ausdrückliche Verpflichtung.

Auch wenn die BfDI durch eine solche Vorschrift keinen justiziablen Anspruch auf eine bestimmte Ausstattung erhalte, würde sich der Gesetzgeber auf diese Weise dazu bekennen, dass er sich der europarechtlichen Verpflichtungen bewusst ist. Dabei ist zu bedenken, dass eine unzureichende Ausstattung der Datenschutzaufsicht eine Verletzung europäischen Rechts darstellt, die ein Vertragsverletzungsverfahren auslösen kann. Spätestens mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung wird voraussichtlich ohnehin eine diesbezügliche gesetzliche Verpflichtung bestehen.

Im Übrigen verweise ich auf die umfangreichen Ausführungen in meinem Positionspapier, dort unter Punkt B.

Mit freundlichen Grüßen

Andrea Voßhoff





Die Bundesbeauftragte  
für den Datenschutz und  
die Informationsfreiheit

Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

18(4)178

**Andrea Voßhoff**

Bundesbeauftragte für den Datenschutz  
und die Informationsfreiheit

POSTANSCHRIFT Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit,  
Postfach 1468, 53004 Bonn

Vorsitzender des Innenausschusses  
des Deutschen Bundestages  
Herrn Wolfgang Bosbach  
wolfgang.bosbach@bundestag.de

HAUSANSCHRIFT Husarenstraße 30, 53117 Bonn  
VERBINDUNGSBÜRO Friedrichstraße 50, 10117 Berlin

TELEFON (0228) 997799-100  
TELEFAX (0228) 997799-550  
E-MAIL ref1@bfdi.bund.de

INTERNET www.datenschutz.bund.de

DATUM Bonn, 15.10.2014  
GESCHÄFTSZ. I-101/025#0106

Bitte geben Sie das vorstehende Geschäftszeichen bei  
allen Antwortschreiben unbedingt an.

BETREFF **Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes - Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Er-  
richtung einer obersten Bundesbehörde, BT-Drs. 18/2848**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

der Deutsche Bundestag berät heute in 1. Lesung das Gesetz zur Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund, mit dem die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit in eine eigenständige und unabhängige oberste Bundesbehörde umgewandelt werden soll. Die Bundesbeauftragte untersteht damit künftig nur noch einer parlamentarischen und gerichtlichen Kontrolle. Die bisher bestehende Rechtsaufsicht durch die Bundesregierung und die Dienstaufsicht durch das Bundesministerium des Innern werden abgeschafft.

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber die vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Bedingungen für eine völlig unabhängige Datenschutzaufsicht nunmehr auch im Bund umsetzen will. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung schafft hierfür im Wesentlichen die notwendigen formalen Voraussetzungen.

Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht haben mehrfach die Rolle der Datenschutzaufsicht als Hüterin des Rechts auf informationelle Selbstbestim-



SEITE 2 VON 2

mung hervorgehoben und betont, dass Eingriffe in dieses Grundrecht vor allem im Sicherheitsbereich nur unter der Voraussetzung zulässig sind, dass eine unabhängige Datenschutzkontrolle besteht. Diese wichtigen Aufgaben können nur mit einer funktionsfähigen Datenschutzbehörde erfüllt werden. Diese wird durch den Gesetzentwurf noch nicht in der gebotenen Weise geschaffen.

Die anstehenden Beratungen im Deutschen Bundestag bieten die Chance, die Architektur der Datenschutzkontrolle im Bund an die Herausforderungen durch die technologische Entwicklung und die Übertragung immer neuer Aufgaben anzupassen.

Ich darf dazu mein Positionspapier zum Gesetzentwurf überreichen und würde mich freuen, wenn der Gesetzgeber meine Vorschläge für eine angemessene organisatorische und haushaltsmäßige Ausstattung meiner Dienststelle in einem breiten Konsens konstruktiv aufgreift.

Zudem wäre ich Ihnen dankbar, wenn Sie mir die Gelegenheit einräumen, in den anstehenden Beratungen des Innenausschusses des Deutschen Bundestages meinen Standpunkt zu dem Gesetzentwurf zu erläutern.

Mit freundlichen Grüßen

Andrea Voßhoff



## **Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes – Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde**

### Positionspapier

*Stand: 15. Oktober 2014*

#### **Vorbemerkung**

Am 27. August 2014 hat die Bundesregierung den Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes – Stärkung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht im Bund durch Errichtung einer obersten Bundesbehörde beschlossen. Die erste Lesung im parlamentarischen Beratungsverfahren des Deutschen Bundestages zur BT Drs. 18/2848 soll am 16.10.2014 stattfinden.

Ziel des Gesetzentwurfs ist es, die von der Europäischen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG vorgeschriebene völlige Unabhängigkeit der BfDI herzustellen. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in drei Urteilen in den Jahren 2010 (gegen Deutschland in Bezug auf die Länder), 2012 (gegen Österreich) und 2014 (gegen Ungarn) die Anforderungen konkretisiert, die an eine völlig unabhängige Datenschutzaufsicht zu stellen sind.

Der EuGH hat wiederholt darauf hingewiesen, dass die Datenschutzbehörden Hüter des Grundrechtes auf Datenschutz sind und ihre Einrichtung ein wesentliches Element des Schutzes der Personen bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten ist. Deshalb schreiben sowohl Art. 8 Abs. 3 der Europäischen Grundrechtecharta als auch Art. 16 Abs. 2 AEUV bereits im Primärrecht die Einrichtung völlig unabhängiger Aufsichtsbehörden vor. Völlige Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht schließt nach der Rechtsprechung des EuGH jede auch nur mittelbare äußere Einflussnahme auf die Aufgabenerfüllung der Datenschutzaufsichtsbehörden aus. Deshalb muss bereits der Anschein oder die bloße Gefahr einer Einflussnahme beseitigt werden.

Die nach dem Bundesdatenschutzgesetz geltenden Bestimmungen zur Rechtsstellung der BfDI genügen diesen Anforderungen nicht. Im Hinblick auf die formale Rechtsstellung der BfDI zieht der Gesetzentwurf durch die Einrichtung einer eigenständigen und unabhängigen obersten Bundesbehörde im Wesentlichen die europarechtlich gebotenen Konsequenzen.

Die BfDI kann ihre europarechtlich vorgeschriebene Aufgabe als Hüterin des Grundrechts auf Datenschutz jedoch nur dann in völlig unabhängiger Weise ausüben, wenn sie über die dafür notwendigen Ressourcen verfügt. Eine Datenschutzbehörde, die aufgrund einer unzureichenden Ausstattung ihre Aufgaben nicht in der durch das Europarecht, aber auch nach dem nationalen Verfassungsrecht gebotenen Weise ausüben kann, ist von politischer Einflussnahme auch nicht völlig unabhängig. Der EuGH hat deshalb klargestellt, dass die Zuweisung der personellen und sachlichen Mittel die Aufsichtsbehörde nicht daran hindern dürfe, ihre Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahrzunehmen.

Folgerichtig enthält der Entwurf einer europäischen Datenschutz-Grundverordnung unter der Überschrift „Unabhängigkeit“ in Art. 47 Abs. 5 die ausdrückliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Datenschutzbehörden mit den für die Erfüllung ihrer Aufgaben und der Ausübung ihrer Befugnisse notwendigen Ressourcen auszustatten. Dabei wird auch auf die für die in Zukunft sehr viel intensivere europäische Kooperation notwendige Ausstattung verwiesen.

Der o. a. Gesetzentwurf genügt diesen Anforderungen nicht und bedarf daher zwingend einer europarechtskonformen Ausgestaltung auch im Hinblick auf die Bereitstellung der notwendigen personellen und sachlichen Ressourcen.

Mit Blick auf die im Gesetzentwurf vorgesehene künftige ausschließliche Kontrolle der BfDI durch das Parlament und die Gerichte, sollte die notwendige Ausgestaltung der BfDI für das Parlament von grundsätzlicher Bedeutung sein und weitgehend einvernehmlich ausgestaltet werden.

Die BfDI versteht die nachfolgenden Ausführungen als einen Vorschlag für die zukünftige „Architektur“ einer unabhängigen Datenschutzaufsicht des Bundes. Die nachfolgenden Ausführungen dienen daher der Information sowie als Diskussions- und Entscheidungsgrundlage für das Parlament.

Die Darstellung ist in zwei Teile gegliedert: In Teil A werden die materiell-rechtlichen Vorschläge erläutert, die im weiteren Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt werden sollten. In Teil B wird der personelle und haushaltsmäßige Mehrbedarf dargestellt, der notwendig ist, um nach der Errichtung der neuen obersten Bundesbehörde eine funktionsfähige Datenschutzkontrolle im Bund zu gewährleisten.

## **A. Materiell-rechtliche Änderungsvorschläge**

### *1. Zeugenaussagen (Art. 1 Nr. 10 litt. f, g, betreffend § 23 Abs. 5 und 6 BDSG)*

In Art. 1 Nr. 10 lit. f) bb) soll § 23 Abs. 5 Satz 3 BDSG so gefasst werden, dass der/die BfDI künftig nach pflichtgemäßem Ermessen selbst über Zeugenaussagen entscheidet. Damit wird der bisher bestehende pauschale Genehmigungsvorbehalt des BMI abgeschafft. Dies ist zu begrüßen.

Diese – aus BfDI-Sicht positive – Regelung wird durch die in Art. 1 Nr. 10 lit. g), § 23 Abs. 6 BDSG betreffenden materiell-rechtlichen Rahmenbedingungen für die Aussageverweigerung flankiert. Diese Regelung wird abgelehnt und sollte daher gestrichen werden.

- a) Die vorgeschlagene Neufassung von § 23 Abs. 6 Satz 1 BDSG ist überflüssig. Bei den dort aufgeführten Ausnahmetatbeständen handelt es sich um solche, die verfassungsrechtlich geboten sind, sodass es insoweit keiner gesetzlichen Regelung bedürfte.

Der BfDI ist als Behörde – wie schon bisher – selbstverständlich verpflichtet, gem. Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechte zu beachten und ist gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden. Als eigenständige und unabhängige oberste Bundesbehörde muss der BfDI (so wie in § 23 Abs. 5 Satz 3 BDSG vorgeschlagen) eigenständig darüber entscheiden, wann eine Zeugenaussage nicht in Betracht kommt. Bei dieser Entscheidung können die genannten Aspekte (Staatswohl, Grundrechte) eine Rolle spielen.

Abschließend ist anzumerken, dass vergleichbare Vorschriften für andere oberste Bundesbehörden nicht bestehen. Für die Mitglieder der Bundesregierung befindet sich in § 7 Abs. 1 BMinG nur deshalb eine Regelung, weil es in § 6 Abs. 2 BMinG einen Genehmigungsvorbehalt der Bundesregierung gibt und dieser einen materiellen Maßstab haben muss. § 7 Abs. 1 BMinG beschränkt sich zudem auf eine Staatswohlklausel. Für die Mitglieder des Bundesrechnungshofes existieren derartige Regelungen – soweit ersichtlich – nicht.

- b) Der Vorschlag zu § 23 Abs. 6 Satz 2 BDSG stellt eine weitgehende Einschränkung der Unabhängigkeit der BfDI dar und ist ebenfalls abzulehnen. Sofern die BfDI aus ihrer Kontrolltätigkeit über Informationen verfügt, bei denen sie Anhaltspunkte hat, dass diese dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung unterliegen, wird sie in der Tat darauf angewiesen sein, hierzu von der Bundesregierung oder dem entsprechenden Ressort weitere Sachinformationen einzuholen. Anderenfalls wird die BfDI in vielen Fällen ihr Ermessen nach § 23 Abs. 5 Satz 3 BDSG nicht auf einer sicheren Tatsachengrundlage ausüben können. Dies gilt auch für andere



Aussageverweigerungsgründe, etwa die Gefährdung der Beziehungen zu ausländischen Staaten.

Eine derartige Konsultation der Bundesregierung oder einzelner Ressorts ist jedoch gleichzeitig auch ausreichend, um einen Schutz des Kernbereichs der exekutiven Eigenverantwortung sicherzustellen. Das im Gesetzentwurf geforderte Einvernehmen mit der Bundesregierung geht aber deutlich über eine Konsultation hinaus und unterstellt Zeugenaussagen der BfDI letztlich teilweise wieder einem Genehmigungsvorbehalt der Bundesregierung. Dies wäre eine unangemessene Einschränkung der gebotenen Unabhängigkeit der BfDI. Die Regelung sollte daher gestrichen werden.

## *2. Kooperation mit anderen Bundesbehörden*

Es sollte in § 22 BDSG eine Regelung aufgenommen werden, in der die Möglichkeit einer Kooperation und des Personaltausches mit allen Ressorts der Bundesregierung und anderen obersten Bundesbehörden vorgesehen wird.

Die Regelung könnte lauten:

„Für die Beschäftigten der oder des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit wird die Möglichkeit eines Personalaustausches mit anderen obersten Bundesbehörden durch entsprechende Verwaltungsvereinbarungen mit der oder dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit geschaffen“.

Derzeit sind die bei der BfDI eingesetzten Beschäftigten solche des BMI. Dadurch ist gewährleistet, dass die Beamten und Tarifbeschäftigten in den Personalaustausch mit dem BMI vollständig einbezogen sind und entsprechende Entwicklungsmöglichkeiten haben. Aufgrund der vielfältigen Aufgaben des BMI können die Beschäftigten auf diese Weise eine größere Verwendungsbreite erreichen. Der Personaltausch eröffnet umgekehrt der BfDI die Möglichkeit, auf hochqualifiziertes Personal mit Erfahrung aus anderen Verwaltungsbereichen zurückgreifen zu können.

Mit Schaffung einer eigenständigen Behörde und im Hinblick auf die Unabhängigkeit der BfDI können diese Möglichkeiten nur aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung mit anderen obersten Bundesbehörden aufrechterhalten werden. Aus Sicht der BfDI sowie der Beschäftigten der BfDI besteht daran ein hohes Interesse, um eine hohe Attraktivität einer Tätigkeit bei der BfDI zu bewahren. Die BfDI wird mit Abstand die kleinste oberste Bundesbehörde sein, sodass es notwendig ist, qualifiziertes Personal aus anderen Behörden gewinnen zu können. Für die Beschäftigten der BfDI ist es außerordentlich motivationsfördernd,

Wechselmöglichkeiten zu anderen obersten Bundesbehörden zu haben. Die Einzelheiten einer Kooperation sollten Gegenstand einer Vereinbarung mit der jeweiligen Behörde sein.

Die BfDI verhandelt bereits mit dem BMI über eine entsprechende Vereinbarung. Die hier vorgeschlagene Regelung sollte jedoch nicht auf das BMI beschränkt sein, sondern – gerade im Hinblick auf den Standort Bonn – grundsätzlich auch die Möglichkeit eröffnen, derartige Vereinbarungen mit anderen Ressorts abzuschließen. Vorbilder solcher Regelungen finden sich im Landesrecht, vgl. etwa § 21 Abs. 5 Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen.

### *3. Außenstellen*

Mit Blick auf das bereits bestehende Verbindungsbüro in Berlin sollte in § 22 BDSG rechtsklarstellend ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen werden, dass die BfDI Außenstellen einrichten kann.

Folgende Formulierung wird vorgeschlagen:

„Die oder der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit kann Außenstellen einrichten.“

Die Umsetzung der Europäischen Datenschutzreform wird für die BfDI perspektivisch auch eine Reihe von neuen Aufgaben auf der europäischen Ebene mit sich bringen, in erster Linie die Mitgliedschaft und aktive Beteiligung im geplanten Europäischen Datenschutzausschuss, der wesentlich anspruchsvollere Aufgaben erhalten wird als die derzeitige Art.-29-Gruppe. Daher könnte der Bedarf entstehen, auch ein Büro in Brüssel einzurichten. Zwar wird in der Begründung ausgeführt, dass die Berliner Außenstelle bestehen bleiben könne, was im Rahmen der Organisationshoheit der BfDI durchaus möglich ist. Um hier größtmögliche Rechtssicherheit zu haben, sollte dies auch im Gesetz klargestellt werden.

Eine inhaltlich identische Vorschrift findet sich auch in § 2 Abs. 1 Satz 2 BRHG für den Bundesrechnungshof.

### *4. Notwendige Personal- und Sachausstattung*

Die bisher in § 22 Abs. 5 Satz 3 1. Halbsatz BDSG bestehende Verpflichtung, der BfDI die notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen, sollte beibehalten werden. Der Auftrag sollte sich zukünftig an den Haushaltsgesetzgeber richten.

Die BfDI kann ihre europarechtlich vorgegebenen und nach nationalem Verfassungsrecht notwendigen Aufgaben nur erfüllen, wenn sie über die dafür notwendige Personal- und Sachausstattung verfügt. Eine ausdrückliche Regelung dieses Ausstattungsauftrages macht dies noch einmal besonders deutlich. Vergleichbare Regelungen finden sich auch in verschiedenen Landesdatenschutzgesetzen, z. B. in Nordrhein-Westfalen oder in Brandenburg.

#### *5. Gewährleistung der Unabhängigkeit auch bei der Haushaltsaufstellung*

Die BfDI wird als eigenständige oberste Bundesbehörde im Bundeshaushalt künftig über einen eigenen Einzelplan verfügen. Folglich muss die BfDI künftig ihre Voranschläge für den Haushalt gem. § 27 BHO dem Bundesministerium der Finanzen übersenden. Das weitere Verfahren richtet sich sodann nach den §§ 28 ff. BHO. Hier ist darauf hinzuweisen, dass denjenigen obersten Bundesbehörden, die nicht Bestandteil der Bundesregierung sind, in den §§ 28 Abs. 3 und 29 Abs. 3 BHO verfahrensmäßige Sonderrechte eingeräumt sind. Diese obersten Bundesbehörden sind ausdrücklich und damit abschließend aufgezählt. Die BfDI ist hier aufgrund der bisherigen Einbindung in den Haushalt des BMI nicht genannt. Zur Wahrung der unabhängigen Stellung der BfDI ist es jedoch notwendig, dass das BMF geplante Abweichungen von den Voranschlägen der BfDI der Bundesregierung mitteilen muss (§ 28 Abs. 3 BHO) bzw. bei Abweichungen von den Voranschlägen im Entwurf des Haushaltsplans die ursprünglichen Voranschläge der BfDI diesem beigefügt werden müssen (§ 29 Abs. 3 BHO).

In §§ 28 Abs. 3 und 29 Abs. 3 BHO ist die Aufzählung daher jeweils durch die bzw. den Bundesbeauftragte(n) für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zu ergänzen.

#### *6. Stärkung der Durchsetzungsbefugnisse*

Zur Ausgestaltung einer europarechtskonformen und effektiven Datenschutzaufsicht des Bundes gehört für die BfDI auch die Einräumung von Anordnungs- und Untersagungsbefugnissen im Bereich der Kontrolle der TK Anbieter sowie der Postdienstleister, wie sie den Aufsichtsbehörden der Länder gegenüber der Privatwirtschaft schon seit Jahren zustehen.

Da sich der vorliegende Gesetzentwurf zur Unabhängigkeit ausschließlich mit der „Architektur“ der künftigen obersten Bundesbehörde befasst, sollten Fragen zur Erweiterung der Kompetenzen gesondert in einem weiteren zeitnahen Gesetzgebungsverfahren behandelt werden.

## **B. Herstellung einer funktionsfähigen Datenschutzaufsicht im Bund**

Der Gesetzentwurf sieht im Deckblatt sowie in der Begründung vor, dass der BfDI mit Errichtung der obersten Bundesbehörde insgesamt 6 zusätzliche Planstellen zur Verfügung gestellt werden sollen. 2 Planstellen sollen aus dem Haushalt des BMI (Kapitel 0612) aufgrund des dortigen Wegfalls von Aufgaben verlagert werden. Der mit der Ausgliederung aus dem BMI verbundene Wegfall von Synergieeffekten bei der Wahrnehmung zentraler Aufgaben soll mit 4 neu zu schaffenden Planstellen ausgeglichen werden.

Diese insgesamt 6 Planstellen reichen keinesfalls aus, um die Funktionsfähigkeit der neuen obersten Bundesbehörde in ausreichender Weise sicherzustellen. Insgesamt besteht vielmehr ein personeller Mehrbedarf in Höhe von 14 weiteren Planstellen, der sich wie folgt aufschlüsselt:

### *1. Eigenständige Wahrnehmung zentraler Aufgaben*

Stellenbedarf: insgesamt 7 Planstellen (davon 6 Planstellen bereits im Gesetzentwurf vorgesehen)

Einstufung: 1 hD (Referatsleiter, A 16/B 3)  
4 gD (4x A 13g)  
2 mD (1x E6, 1x A 8)

### Begründung:

Mit der Schaffung einer eigenständigen obersten Bundesbehörde muss und wird die BfDI grundsätzlich sämtliche Aufgaben selbst durchführen, die bislang durch die Abteilung Z des BMI für die BfDI miterledigt werden. Deren Umfang geht deutlich über die im Gesetzentwurf beschriebenen Aufgaben hinaus. Folgende – bislang von der Abteilung Z des BMI wahrgenommenen – Aufgaben werden künftig durch die BfDI selbst ausgeführt werden müssen:

- Personalbetreuung mit folgenden Teilaufgaben:
  - Bewerbungs- und Einstellungsverfahren
  - Ernennungen, Entlassungen, Um- und Versetzungen
  - Betreuung der Arbeitszeitmodelle und der Telearbeit
  - Urlaub
  - Fortbildung
  - Grundsatzfragen der Besoldung, Vergütung und Beihilfe einschließlich Betreuung der Aufgabenwahrnehmung durch Dienstleistungszentrum
  - Beurteilungswesen

- Betriebliches Eingliederungsmanagement
- Führung der Personalakten
- Disziplinarverfahren
- Führung von Gerichtsverfahren in Personalangelegenheiten
- Fachadministration für EPOS
- Organisation
- Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen einschließlich Haushaltsaufstellungsverfahren und Haushaltsvollzug
- Reisestelle
- IT-Anwendungsbetreuung
- Fahrdienst

Um diese bisher nicht von der BfDI wahrgenommenen Aufgaben angemessen erfüllen zu können, bedarf es der genannten sieben Planstellen, wobei allein zwei dieser Planstellen (jeweils gD) für zusätzliche Aufgaben der IT-Anwendungsbetreuung benötigt werden. Der Gesetzentwurf sieht für diese Aufgaben bereits insgesamt sechs Planstellen (1 hD, 3 gD, 2 mD) vor, sodass eine weitere Stelle (A 13 g D) benötigt wird.

Zusammen mit den bereits jetzt im Sachgebiet ZA der BfDI vorhandenen 11 Stellen werden für zentrale Aufgaben so viele Stellen erforderlich, dass die Einrichtung eines eigenständigen Z-Referats dringend geboten ist. Dies wird auch der Struktur einer eigenständigen obersten Bundesbehörde und dem Umfang der Aufgaben gerecht, die eine unmittelbare Anbindung dieser Aufgaben beim Leitenden Beamten nicht mehr sachgerecht erscheinen lassen. Auch wenn die Einrichtung zusätzlicher Referate künftig in der Organisationshöhe der BfDI liegen wird, bedarf es der haushalts- und stellenmäßigen Abbildung. Deshalb ist die im höheren Dienst vorgesehene Planstelle für die Funktion eines Referatsleiters mit der Besoldungsgruppe A 16/B 3 auszubringen.

## *2. Interessenvertretungen und Beauftragte*

Stellenbedarf: 3 Planstellen

Einstufung: 1 hD (A 15)  
2 gD (2x A 13g)

Begründung:

Bislang werden die Aufgaben der nach den gesetzlichen Bestimmungen einzurichtenden Interessenvertretungen und Beauftragten mit einer Ausnahme (dem

Beauftragten für Datenschutz nach § 4f BDSG) ausschließlich durch das BMI wahrgenommen. Diese Verpflichtung wird künftig auf die eigenständige Dienststelle der BfDI entfallen. Folgende Interessenvertretungen und Beauftragte werden künftig bei der BfDI eingerichtet werden müssen:

- Personalrat: Besteht gem. § 16 Abs. 1 BPersVG aus 5 Mitgliedern
- Gleichstellungsbeauftragte und Stellvertreterin: Zwar hat die Dienststelle der BfDI – noch – weniger als 100 regelmäßig Beschäftigte, sodass die Verpflichtung nach § 16 Abs. 1 BGleIG nicht besteht; die Wahl einer Gleichstellungsbeauftragten ist aber angesichts der fehlenden Möglichkeiten, auf andere Gleichstellungsbeauftragte zurückzugreifen, geboten.
- Schwerbehindertenvertretung nach den §§ 93 ff. SGB IX: eine Vertrauensperson und ein Stellvertreter
- Geheimschutzbeauftragter: eine Person und ein Stellvertreter

Im Hinblick auf die Größe der Dienststelle der BfDI besteht zwar in keinem der o. g. Fälle eine Verpflichtung, eine Person von ihren übrigen Aufgaben vollständig freizustellen. Die Beauftragten und Mitglieder der Interessenvertretungen müssen jedoch teilweise für diese Funktionen freigestellt werden. Die oben beschriebene Übernahme von Aufgaben im Personal-, Organisations- und Haushaltsbereich wird zudem die zeitlichen Anforderungen an die Funktion des bereits bei der BfDI eingerichteten Beauftragten für den Datenschutz deutlich erhöhen, sodass auch dieser in einem größeren Umfang freizustellen ist als bislang. Insgesamt gehe ich davon aus, dass durch die Übernahme der genannten Funktionen ein Kompensationsbedarf von mindestens drei Planstellen entsteht.

### *3. Allgemeiner Stellenbedarf*

Stellenbedarf: 8 Planstellen

Einstufung: 4 hD (2x A 15, 2x A 14)  
4 gD (4x A13g)

Begründung:

Unabhängig von der Stärkung der Unabhängigkeit der BfDI ist die Dienststelle bereits jetzt in Teilbereichen personell nicht ausreichend ausgestattet. Angesichts des stetig gestiegenen Aufgabenspektrums, der zunehmenden Bedeutung von Datenschutz und Informationsfreiheit und der bestehenden Arbeitsbelastung können diese Defizite innerhalb der Dienststelle nicht mehr ausgeglichen werden.

Bei der Einrichtung einer neuen eigenständigen obersten Bundesbehörde muss sichergestellt sein, dass für die Erfüllung der gesetzlich zugewiesenen Aufgaben die erforderlichen Mitarbeiter vorhanden sind.

Dies betrifft insbesondere die datenschutzrechtliche Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes durch die BfDI. Die vom BVerfG in seinem Urteil zur Antiterrordatei für notwendig erachtete Kontrolldichte (mindestens alle zwei Jahre, vgl. BVerfG 1 BvR 1215/07, Rn. 217) kann mit der vorhandenen Ausstattung nicht gewährleistet werden, ohne andere gesetzliche Aufgaben zu vernachlässigen. Das BVerfG hat daher selbst gefordert, dass diese Mindestkontrolldichte bei der Ausstattung der Datenschutzaufsicht zu berücksichtigen ist.

Zum anderen ist der BfDI durch § 91 Abs. 5a SGB V die Prüfung von Beschlüssen des Gemeinsamen Bundesausschusses übertragen worden, soweit sie die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten regeln. Auch für diese Aufgabe sind der BfDI die notwendigen personellen Ressourcen nicht zur Verfügung gestellt worden.

Insgesamt kann die BfDI ihre gesetzlichen Aufgaben nur dann in angemessener Weise erfüllen, wenn der personelle Mehrbedarf mit 8 Planstellen gedeckt wird.

#### *4. Angemessene Leitungsstruktur der Dienststelle*

Stellenbedarf: 2 Planstellen

Einstufung: 2 hD (1x B 9, 1x B 6)

Begründung:

Aufgrund der hier für geboten erachteten organisatorischen und personellen Struktur wird die Dienststelle der BfDI künftig mindestens zehn Referate mit etwa 100 Beschäftigten haben müssen. Im Hinblick auf den erheblichen Aufgabenzuwachs und die gestiegene Zahl von Eingaben und Beratungersuchen ist die Dienststelle gerade in den letzten fünf Jahren deutlich angewachsen.

Die Leitungsstruktur ist allerdings seit Einrichtung des (damaligen) BfD im Jahre 1978 im Grundsatz unverändert geblieben. Sie besteht aus der Bundesbeauftragten und dem Leitenden Beamten als ständigem Leiter der Dienststelle der BfDI. Dies ist mit Blick auf die künftig zusätzlich notwendigen Leitungsentscheidungen als eigenständige oberste Bundesbehörde – auch angesichts der vorgesehenen Höhereingruppierung des Amtes der Bundesbeauftragten – nicht mehr sachgerecht. Zudem werden mit der geplanten Vertretungsregelung in § 22 Abs. 6 BDSG dem Leitenden Beamten zusätzliche Aufgaben übertragen, die auch eine darauf angepasste Leitungsstruktur erfordern.

Es ist daher notwendig, dass die Dienststelle der BfDI mit einer Abteilungsstruktur wie andere oberste Bundesbehörden ausgestattet wird. Die Größe der Dienststelle, die Zahl der Referate und die Bedeutung als oberste Bundesbehörde würde dabei nach dem Vorbild von § 8 Satz 2 der GGO die Einrichtung zweier Unterabteilungen rechtfertigen. Die Leiter dieser Unterabteilungen würden ihrerseits dem Leitenden Beamten unterstehen. Entsprechend der in der Bundesbesoldungsordnung B für oberste Bundesbehörden vorgesehenen Struktur würde dies erfordern, dass die Leiter der Unterabteilungen in die Besoldungsgruppe B 6 einzustufen wären und der Leitende Beamte in die Besoldungsgruppe B 9. Als Vorbild bietet sich hier beispielsweise die Beauftragte für Kultur und Medien an, in deren Organisationsstruktur ein Abteilungsleiter (B 9) und – aufgrund der höheren Mitarbeiterzahl – 4 Gruppenleiter (B 6) vorgesehen sind.

Da der Haushalt der BfDI für den Leitenden Beamten bereits eine Planstelle B 6 vorsieht, verbleibt ein Mehrbedarf von zwei Stellen (1x B 9, 1x B 6).

#### *5. Sachmittelbedarf*

Der personelle Mehrbedarf führt im Hinblick auf die notwendige Ausstattung der zusätzlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auch zu einem entsprechenden zusätzlichen Sachmittelbedarf, der im Zuge der Haushaltsverhandlungen 2016 zu berücksichtigen ist.

#### Planungskosten für Haushalt 2015

Mit Blick auf das geplante Inkrafttreten des vorliegenden Gesetzentwurfes werden voraussichtlich Entscheidungen zu den Fragen des künftigen Personalbedarfs haushalterisch teilweise erst für den Haushalt 2016 entscheidungsrelevant.

Für die Unabhängigkeit der BfDI fallen aber bereits Planungskosten an, die als unabweisbar neue Kosten bedingt durch den vorliegenden Gesetzentwurf noch für das Haushaltsjahr 2015 als bereinigungsrelevant und entscheidungserheblich anzusehen sind.

Die aus dem Haushalt 2015 zu bestreitenden Kosten der Unabhängigkeit der BfDI sind unter anderem Büromöbel, Vorbereitungsarbeiten für Büroräume (z. B. Malerarbeiten), IT-Ausstattung, Büromaterial. Nach den ersten Überlegungen entstehen hier Kosten in Höhe 194 T€.

Da die neuen Büroflächen neu angemietet werden müssen, müssen auch die neuen Räume an die IT-Landschaft der BfDI angepasst werden. Nach ersten Überlegungen entstehen hier Kosten in Höhe von ca. 500 T€.



Da die BfDI zum 01.01.2016 auch die Personalverwaltung übernehmen soll, ist es erforderlich, ein Personalmanagementsystem anzuschaffen. Um das neue System in die IT-Landschaft der BfDI einzugliedern, muss dieses in 2015 beschafft und getestet werden. Wenn EPOS eingesetzt werden soll, ist die Beschaffung kostenfrei, da EPOS eine Eigenentwicklung des Bundesverwaltungsamtes ist. Es entstehen trotzdem Kosten für die Migration. Eine genaue Kostenvoraussage kann hierzu nicht getroffen werden, es wird allerdings mindestens mit Kosten in Höhe von 25 T€ gerechnet.

Zudem ist es sinnvoll, das für die Personalverwaltung eingesetzte Personal sowie die neue Referatsleitung für ZA bereits vor dem 01.01.2016 einzustellen, damit diese sich auf ihre neue Aufgabe vorbereiten können. Eine Vorbereitungszeit von ca. 3 Monaten müsste ausreichen. Die hier anfallenden Personalkosten belaufen sich auf ca. 64 T€ (bei einer Besetzung von B 3, A 13g und A8).



Die Bundesbeauftragte  
für den Datenschutz und  
die Informationsfreiheit

**Andrea Voßhoff**  
Bundesbeauftragte  
für den Datenschutz und  
die Informationsfreiheit

POSTANSCHRIFT Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit,  
Postfach 1468, 53004 Bonn

An den  
Vorsitzenden des Innenausschusses  
Herrn  
Wolfgang Bosbach, MdB

HAUSANSCHRIFT Husarenstraße 30, 53117 Bonn  
POSTANSCHRIFT Postfach 1468, 53004 Bonn

TEL +49 (0)228-997799- 100  
FAX +49 (0)228-997799- 550

innenausschuss@bundestag.de

E-MAIL poststelle@bdi.bund.de  
INTERNET www.datenschutz.bund.de

DATUM Bonn, 03.12.2014

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

im Nachgang zur Anhörung vom 01.12.14 zum Gesetzentwurf zur Unabhängigkeit der BfDI darf ich zur Vervollständigung meiner Informationen zum Themenkomplex der G10 Kontrolle noch nachtragen, dass das BMI mir im Sommer mitgeteilt hat, die bisherige Rechtsmeinung zu meinem Einsichtsrecht ändern zu wollen. Wie und in welcher Weise dies in der Kontrollpraxis zu Veränderungen führt, konnte noch nicht getestet werden. Gleichwohl bleibt eine gesetzliche Klarstellung in dieser Frage sinnvoll und geboten.

Ich bitte darum, dies dem Anhörungsprotokoll als Nachtrag beizufügen und mein Schreiben an die Berichterstatter der Fraktionen weiter zu leiten.

Auf diesem Wege darf ich mich nochmals für die Gelegenheit bedanken, in der Anhörung die Position der BfDI zum Gesetzgebungsvorhaben darlegen zu können.

Mit freundlichen Grüßen

Andrea Voßhoff

<b>Innenausschuss</b>	
	03.12.14 (1589)
Eingang mit	Anl. am
1. <u>Vors. m.d.B. um</u>	
	<u>Konstatierung/Rücksprache</u>
2. Mehrfertigungen mit/ohne Anschreiben	
an Abg. <u>BE, Obl. Sekr.</u>	<i>erl. Bu 3/12</i>
an	<i>+ Anlage zum A-Prot.</i>
3. <u>Wv</u>	
4. <u>z.d.A. (alphan.-Gesetz- BMI)</u>	

*Kuy 3/12*

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](mailto:innenausschuss@bundestag.de) und [katja.schuchardt@bundestag.de](mailto: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](mailto:hwr-berlin.de)

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

[aden](mailto:hwr-berlin.de)

Seiten insgesamt

1/7

Berliner Volksbank

Konto 884 101 52 40

BLZ 100 900 00

IBAN

DE72 10090000 8841015240

BIC BEVODEBB

Seite 99 von 105



Unabhängigkeit,<sup>1</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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.“<sup>2</sup>

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

---

<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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 entstünde. 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*

---

<sup>3</sup> 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