

**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 erleichtert 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.