

Ausschussvorlage

Ausschuss: INA

Stellungnahmen zu dem Gesetzentwurf Drucks. [18/375](#)
und zu dem Änderungsantrag Drucks. [18/3869](#)
– Datenschutzgesetz –

Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz	S. 59
Prof. Dr. Dirk Heckmann	S. 62
Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff	S. 79



**Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit**

Peter Schaar

Bundesbeauftragter für den Datenschutz
und die Informationsfreiheit

POSTANSCHRIFT Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit,
Postfach 1460, 53004 Bonn

An den
Vorsitzenden des Innenausschusses
des Hessischen Landtags
Herrn Horst Klee, MdL
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

HAUSANSCHRIFT Husarenstraße 30, 53117 Bonn
VERBINDUNGSÖFFICE Friedrichstraße 50, 10117 Berlin
TELEFON (0228) 997799-100
TELEFAX (0228) 997799-660
E-MAIL ref1@bfdl.bund.de
INTERNET www.datenschutz.bund.de
DATUM Bonn, 27.04.2011

**Datenschutz für Sie:
Der neue Tätigkeitsbericht**

www.datenschutz.bund.de

BETREFF Schriftliche Anhörung im Innenausschuss des Hessischen Landtags

HER Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Neuordnung des Datenschutzes und Wahrung der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten in Hessen, Drucks. 18/375 sowie Änderungsantrag der Fraktionen der CDU, der SPD, der FDP und von Bündnis 90/Die Grünen, Drucks. 18/3869

BEZUG Ihr Schreiben vom 1. April 2011, Az. I A 2.6

Sehr geehrter Herr Klee,

ich danke Ihnen für Ihre Einladung zur schriftlichen Anhörung im Innenausschuss des Hessischen Landtages. Die Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme nehme ich gern wahr.

Den einleitenden Satz des Änderungsantrages Drucks. 18/3869 verstehe ich so, dass der ursprüngliche Gesetzentwurf der SPD-Fraktion (Drucks. 18/375) inhaltlich vollständig durch den Änderungsantrag ersetzt wird. Meine Stellungnahme beschränkt sich daher auf den Änderungsantrag.

Insgesamt betrachte ich den Gesetzentwurf als positives Beispiel für die Stärkung der unabhängigen Datenschutzkontrolle und für die Umsetzung der europarechtlichen Anforderungen.

Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der 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 (EG-Datenschutzrichtlinie) müssen die Kontrollstellen für den Datenschutz die ihnen zugewiesenen Aufgaben in „völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 9. März 2010



Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

SEITE 2 VON 3

(Az.: C-518/07) die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle präzisiert und festgestellt, dass die Datenschutzaufsicht im nicht-öffentlichen Bereich in den Ländern in Deutschland nicht diesen Anforderungen genügt. Dieser Befund trifft auch auf die derzeitige Situation in Hessen zu. Insofern besteht dringender europarechtlicher Handlungsbedarf für das hier in Rede stehende Gesetzgebungsverfahren.

Der Europäische Gerichtshof hat den Ländern in seinem Urteil vom 9. März 2010 keine konkreten organisatorischen Vorgaben zur Gewährleistung der Unabhängigkeit gemacht. Insofern verbleibt den Ländern ein gewisser Spielraum bei der Umsetzung. Die laufenden oder bereits abgeschlossenen Gesetzgebungsaktivitäten in den Ländern zur Umsetzung des EuGH-Urteils haben daher unterschiedliche Lösungsansätze gewählt.

Die vorgeschlagenen Änderungen des Hessischen Datenschutzgesetzes (HDSG) bewegen sich innerhalb dieses Rahmens. Folgende Punkte sind dabei hervorzuheben:

- Durch § 22 des (geltenden) HDSG ist bereits für den öffentlichen Bereich sichergestellt, dass der Hessische Datenschutzbeauftragte als oberste Landesbehörde keiner Rechts- und Fachaufsicht unterliegt. Indem ihm in Art. 1 Nr. 4 lit. b) des Änderungsantrages (zu § 24 Abs. 4 HDSG) nunmehr auch die Aufgabe der Aufsichtsbehörde nach § 38 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) übertragen wird, fällt auch für diese Aufgabe die Rechts- und Fachaufsicht durch eine andere Stelle weg.
- Im Hinblick auf die Dienstaufsicht über den Hessischen Datenschutzbeauftragten sind die Vorschläge im Änderungsantrag so gestaltet, dass dessen Unabhängigkeit gewahrt bleibt. Die in Art. 1 Nr. 3 lit c) des Änderungsantrages (zu § 21 Abs. 4 HDSG) vorgesehene Möglichkeit einer Anklage vor dem Staatsgerichtshof stellt einen angemessenen Ausgleich zwischen dem legitimen Interesse, den Hessischen Datenschutzbeauftragten bei schwerwiegenden Verfehlungen vor Ende der Amtszeit abberufen zu können und der sachlich und europarechtlich gebotenen Unabhängigkeit dar. Die vorgesehenen Hürden zur Erhebung der Anklage und das Verfahren vor dem Staatsgerichtshof schließen den Missbrauch dieses Instruments weitgehend aus.
- Die bereits bestehende Unabhängigkeit der Bediensteten des Hessischen Datenschutzbeauftragten wird darüber hinaus dadurch gestärkt, dass er über die bei ihm tätigen Beamten die Aufgaben der obersten Dienstbehörde nach dem Disziplinarrecht ausüben soll (Art. 1 Nr. 6 des Änderungsantrages zu § 31 Abs. 2 HDSG).

Mit diesen Vorschlägen wird das Urteil des EuGH umgesetzt.

Die übrigen vorgesehenen Änderungen, insbesondere zur Ausgestaltung des Amtes des Hessischen Datenschutzbeauftragten, dienen nicht unmittelbar der Umsetzung des europäischen Rechts. Sie sind jedoch zur Stärkung des Amtes und damit des Datenschutzes insgesamt uneingeschränkt zu begrüßen.



Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

SEITE 3 VON 3 Weiterhin möchte ich anmerken, dass der durch Art. 1 Nr. 8 des Änderungsantrages neu eingeführte § 42 HDSG missverständlich ist. Laut Begründung handele es sich hierbei um eine Klarstellung, dass für Maßnahmen des Hessischen Datenschutzbeauftragten als Aufsichtsbehörde für den nicht-öffentlichen Bereich der Verwaltungsrechtsweg gegeben sei und ein Vorverfahren nicht stattfinde. Der in § 42 des Entwurfs enthaltene Verweis erstreckt sich seinem Wortlaut nach auf alle Maßnahmen nach § 24 Abs. 4 HDSG, also auch auf die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach § 43 BDSG und § 16 Telemediengesetz. Hier wäre zu klären, ob das in den §§ 67 ff. OWiG vorgesehene Einspruchsverfahren vor den ordentlichen Gerichten durch den Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten ersetzt werden soll. Die Begründung deutet vielmehr darauf hin, dass es sich ausschließlich um die Maßnahmen nach § 24 Abs. 4 Nr. 1 des Entwurfs handeln soll.

Mit freundlichen Grüßen

Gutachterliche Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Datenschutzes und Wahrung der
Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten in Hessen (LT-Drucksache 18/375)

zum Änderungsantrag der Fraktionen der CDU, der SPD, der FDP
und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Neuordnung des Daten-
schutzes und Wahrung der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten in Hessen
(LT-Drucksache 18/3869)

Von Univ.-Prof. Dr. Dirk Heckmann

unter Mitarbeit von Akad. Rat a.Z. Florian Albrecht, M.A.

Vorbemerkung

Diese Stellungnahme wurde anlässlich der schriftlichen Anhörung im Innenausschusses des Hessischen Landtages erstellt. Sie gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder.

Passau, den 29. April 2011

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung: Datenschutz und Datenschutzkontrolle im nicht-öffentlichen Bereich	3
1. Neue Gefährdungslagen und Herausforderungen durch die Datenverarbeitung nicht- öffentlicher Stellen.....	3
2. Vorgaben durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie).....	4
3. EuGH-Urteil vom 9. März 2010 – C-518/07	5
4. Reaktion des hessischen Gesetzgebers	6
II. Zusammenführung der Datenschutzkontrolle (§ 24 Abs. 4 HDSG n.F.)	7
1. Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG.....	8
2. Vereinbarkeit mit dem BDSG.....	8
3. Systematischer Zusammenhang im HDSG.....	9
4. Rechtspolitische Erwägungen.....	9
5. Fazit	10
III. Einrichtung einer Parlamentarischen Datenschutzkommission (§§ 22 Abs. 2, Abs. 3, 22a HDSG i.d.F. des Gesetzentwurfs vom 29. April 2009).....	10
1. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit (sog. Verbot ministerialfreier Räume)	11
2. Parlamentarische Kontrolle als verfassungskonforme Alternative	13
3. Fazit	13
IV. Das Amt des Hessischen Datenschutzbeauftragten.....	14
1. Amtsstellung, Nebentätigkeiten (§ 21 Abs. 2 und Abs. 3 HDSG n.F.)	14
2. Amtsbeendigung (§ 21 Abs. 4 HDSG n.F.)	15
3. Aufgaben und Befugnisse des Datenschutzbeauftragten (§ 24 Abs. 4 Nr. 2 und Nr. 3 HDSG n.F.)	15
4. Verwaltungsrechtsweg (§ 42 HDSG n.F.)	16
5. Fazit	16
V. Zusammenfassung	16

I. Einleitung: Datenschutz und Datenschutzkontrolle im nicht-öffentlichen Bereich

1. Neue Gefährdungslagen und Herausforderungen durch die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen

Die rasant fortschreitende technologische Entwicklung und die sich abzeichnende vollständige Digitalisierung des Alltags führen dazu, dass immer mehr personenbezogene Daten in Umlauf gebracht und durch unterschiedlichste Stellen verarbeitet werden. Während der Fokus in der Vergangenheit primär der staatlichen Datenverarbeitung galt, sind die neuen Gefahren für die informationelle Selbstbestimmung zunehmend im privaten Bereich zu verorten¹, wo Daten als Währung verstanden und kommerzialisiert werden.²

Eine totale Digitalisierung durch smarte Technologien wie bspw. Cloud-Computing, Soziale Netzwerke, Intelligente Stromnetze usw. bringt die Gefahr einer totalen Kontrolle unseres täglichen Lebens mit sich.³ Die mit der unaufhaltsamen Technologisierung einhergehende Erosion der Privatsphäre wird nur teilweise erkannt und mitunter verdrängt.⁴ Neue Gefährdungslagen und die Internationalität der Datenverarbeitung lassen befürchten, dass der nationale Normgeber nur sehr eingeschränkt Antworten auf die datenschutzrechtlichen Herausforderungen des Internetzeitalters geben kann.⁵

Angesichts der begrenzten Steuerungsmöglichkeiten des Gesetzgebers ist der effektiven Kontrolle und der datenschutzkonformen Organisation des Datenzugriffs eine besondere Bedeutung beizumessen. Datenschutz darf in diesem Zusammenhang nicht lediglich als Gewährleistung der informationellen Selbstbestimmung als Abwehrrecht gegenüber dem Staat verstanden werden, sondern muss vielmehr auch verstärkt die Kontrolle des privaten Bereichs erfassen.

Außer Auge gelassen werden darf zudem nicht, dass ein moderner Datenschutz keineswegs bei den Datenschutzforderungen nach „Privacy by Design bzw. Default“ stehen bleiben kann.⁶ Den von Informationstechnologien ausgehenden Gefahren für die informationelle Selbstbestimmung ist vielmehr mittels eines „Smart Privacy Managements“ zu begegnen, das den Interessen der Betroffenen auf eine faire Verfahrensgestaltung

¹ Heckmann, K&R 2010, 770.

² Eine gut verständliche Darstellung möglicher Geschäftsmodelle findet sich z.B. bei Kurz/Rieger, Die Datenfresser, 2011, S. 13 ff.

³ Vgl. Heckmann, K&R 2010, 770, 771; ders., K&R 2011, 1, 3; vgl. Kurz/Rieger, Die Datenfresser, 2011, S. 206 ff.

⁴ Dies belegt bspw. der oft allzu sorglose Umgang der Nutzer Sozialer Netzwerke mit ihren personenbezogenen Daten sowie den personenbezogenen Daten Dritter; vgl. Heckmann, K&R 2011, 1 ff.

⁵ Heckmann, K&R 2010, 770, 775 ff.

⁶ Heckmann, K&R 2011, 1, 5.

Rechnung trägt und diesen bessere Gestaltungschancen einräumt.⁷ Auch auf diesen Bereich muss sich der Fokus einer modernen Datenschutzkontrolle richten.

2. Vorgaben durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie)

Die nationale Organisation der Datenschutzkontrolle hat sich an den europarechtlichen Vorgaben zu orientieren. Der insoweit maßgebliche Art. 28 Abs. 1 der 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 (RL 95/46/EG) lautet:

„Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß eine oder mehrere öffentliche Stellen beauftragt werden, die Anwendung der von den Mitgliedstaaten zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften in ihrem Hoheitsgebiet zu überwachen.

Diese Stellen nehmen die ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahr.“

Einschränkungen erfährt die „völlige Unabhängigkeit“ der Kontrollstellen durch Art. 28 Abs. 5 der RL 95/46/EG, wonach diese Stellen regelmäßig einen Bericht über ihre Tätigkeit vorzulegen haben. Diese Berichte dienen der Transparenz und der Sensibilisierung für die Belange des Datenschutzes.⁸ Sie sind zu veröffentlichen.

Hinsichtlich der Auslegung und konkreten Umsetzung des Merkmals der „völligen Unabhängigkeit“ bestanden seit jeher Meinungsverschiedenheiten.⁹ Unterschiedliche Auffassungen wurden vor allem bezüglich der Frage, ob Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG über die funktionale Unabhängigkeit hinaus auch eine institutionelle Unabhängigkeit der Kontrollstellen fordert, vertreten.¹⁰

Nachdem der Streitstand mit Urteil des EuGH vom 9. März 2010 – C-518/07 entschieden wurde, kann auf die Darstellung der hierzu früher vertretenen Positionen verzichtet werden.¹¹ Entscheidend ist hinsichtlich der Interpretation des Merkmals der „völligen Unabhängigkeit“ nunmehr die Auffassung des EuGH.¹²

⁷ Heckmann, K&R 2011, 1, 5.

⁸ Grittmann, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2010, § 38 Rn. 21, m.w.N.

⁹ Vgl. Grittmann, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2010, § 38 Rn. 46 ff. Zur möglichen Interpretation des Merkmals bereits Ehmann/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie, 1999, Art. 28 Abs. 4 ff.

¹⁰ Grittmann, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2010, § 38 Rn. 46.

¹¹ Dazu Grittmann, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2010, § 38 Rn. 46 ff.; vgl. Gola/Schomerus, ZRP 2000, 183 f.

¹² So auch Ronellenfitsch, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 6; zum Gang des Verfahrens bspw. Albrecht, jurisPR-ITR 15/2010, Anm. 4.

3. EuGH-Urteil vom 9. März 2010 – C-518/07

Mit Urteil vom 9. März 2010 stellt der EuGH fest:

„1. Die Bundesrepublik Deutschland hat gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der 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 verstoßen, indem sie die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten durch nichtöffentliche Stellen und öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen zuständigen Kontrollstellen in den Bundesländern staatlicher Aufsicht unterstellt und damit das Erfordernis, dass diese Stellen ihre Aufgaben „in völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen, falsch umgesetzt hat.“

Zur Auslegung des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG führt der EuGH aus, dass entgegen dem Standpunkt der Bundesrepublik Deutschland nichts darauf hindeutet, dass das Unabhängigkeitserfordernis allein das Verhältnis zwischen den Kontrollstellen und den ihrer Kontrolle unterstellten Einrichtungen beträfe. Im Gegenteil würde der Begriff „Unabhängigkeit“ durch das Adjektiv „völlig“ verstärkt, was eine Entscheidungsgewalt impliziere, die jeglicher Einflussnahme außerhalb der Kontrollstelle, sei sie unmittelbar oder mittelbar, entzogen sei.

Er betont in diesem Zusammenhang die herausragende Bedeutung der Kontrollstellen

„23 Die in Art. 28 der Richtlinie 95/46 vorgesehenen Kontrollstellen sind somit die Hüter dieser Grundrechte und Grundfreiheiten, und ihre Einrichtung in den Mitgliedstaaten gilt, wie es im 62. Erwägungsgrund der Richtlinie heißt, als ein wesentliches Element des Schutzes der Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.“

und zieht betreffend der Auslegung des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG folgendes Fazit:

„30 Nach alledem ist Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen, dass die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten im nichtöffentlichen Bereich zuständigen Kontrollstellen mit einer Unabhängigkeit ausgestattet sein müssen, die es ihnen ermöglicht, ihre Aufgaben ohne äußere Einflussnahme wahrzunehmen. Diese Unabhängigkeit schließt nicht nur jegliche Einflussnahme seitens der 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 genannten Kontrollstellen ihre Aufgabe, den Schutz des Rechts auf Privatsphäre und den freien Verkehr personenbezogener Daten ins Gleichgewicht zu bringen, erfüllen.“

Mit diesem Unabhängigkeitserfordernis sei die staatliche Aufsicht, der die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten im nicht-öffentlichen Bereich zuständigen Kontrollstellen in Deutschland unterworfen sind, nicht vereinbar.¹³ Insofern sei zu berücksichtigen, dass bereits die bloße Gefahr einer politischen Einflussnahme der Aufsichtsbehörden auf die Entscheidung der Kontrollstellen genügen würde, um deren unabhängige Aufgabenwahrnehmung zu beeinträchtigen und einen „bösen Schein“ der Voreingenommenheit hervorzurufen.¹⁴ Bereits dieser müsse vermieden werden.

Gleichwohl bedeute dies nicht, dass die Kontrollstellen selbst einer parlamentarischen oder gerichtlichen Kontrolle entzogen sein müssten, was mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar wäre. Hierzu äußert sich der EuGH wie folgt:

„43 Gewiss kommt ein Fehlen jeglichen parlamentarischen Einflusses auf diese Stellen nicht in Betracht. Die Richtlinie 95/46 schreibt jedoch den Mitgliedstaaten keineswegs vor, dem Parlament jede Einflussmöglichkeit vorzuenthalten.

44 So kann zum einen das Leitungspersonal der Kontrollstellen vom Parlament oder der Regierung bestellt werden. Zum anderen kann der Gesetzgeber die Kompetenzen der Kontrollstellen festlegen.

45 Außerdem kann der Gesetzgeber die Kontrollstellen verpflichten, dem Parlament Rechenschaft über ihre Tätigkeiten abzulegen. Insoweit lässt sich eine Parallele zu Art. 28 Abs. 5 der Richtlinie 95/46 ziehen, wonach jede Kontrollstelle regelmäßig einen Bericht über ihre Tätigkeit vorlegt, der veröffentlicht wird.

46 Nach alledem ist der Umstand, dass den Kontrollstellen für den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im nichtöffentlichen Bereich eine von der allgemeinen Staatsverwaltung unabhängige Stellung zukommt, für sich allein noch nicht geeignet, diesen Stellen die demokratische Legitimation zu nehmen.“

4. Reaktion des hessischen Gesetzgebers

Nach der vorstehend dargestellten Entscheidung des EuGH ist die gegenwärtige Organisation der hessischen Datenschutzaufsicht für den nicht-öffentlichen Bereich, welche dem Regierungspräsidium Darmstadt zugewiesen ist¹⁵, mit der RL 95/46/EG nicht vereinbar. Das Regierungspräsidium untersteht im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung näm-

¹³ Albrecht, jurisPR-ITR 15/2010, Anm. 4.

¹⁴ Albrecht, jurisPR-ITR 15/2010, Anm. 4.

¹⁵ LT-Drs. 18/3869, S. 8; Nungesser, HDSG, 2. Auflage 2001, § 30 Rn. 4.

lich einer umfassenden Aufsicht durch das Ministerium des Innern und für Sport,¹⁶ was sich mit der vom EuGH geforderten „völligen Unabhängigkeit“ nicht vereinbaren lässt.

Der hessische Gesetzgeber hat noch vor der Entscheidung des EuGH zur Organisation der Datenschutzkontrollstellen den aus der europarechtskonformen Richtlinieninterpretation folgenden Handlungsbedarf erkannt. Mit Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Neuordnung des Datenschutzes und Wahrung der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten in Hessen (LT-Drs. 18/375) wurde ein Vorhaben zur Stärkung des Hessischen Datenschutzbeauftragten auf den Weg gebracht.

Die vorgesehene Übertragung der Zuständigkeit für die Datenschutzkontrolle im nicht-öffentlichen Bereich auf den Hessischen Datenschutzbeauftragten als zentrale und „völlig unabhängige“ Stelle wird mit dem Änderungsantrag der Fraktionen der CDU, der SPD, der FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD (LT-Drs. 18/3869) fortgeschrieben.

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist primär die Gesetzesfassung, wie sie im Änderungsantrag vom 22. März 2011 zum Tragen kommt. Zugleich sollen aber auch die ursprünglichen Überlegungen vom 29. April 2009 kurz kommentiert werden.

II. Zusammenführung der Datenschutzkontrolle (§ 24 Abs. 4 HDSG n.F.)

Mit § 24 Abs. 4 HSGD n.F. ist vorgesehen, dem Hessischen Datenschutzbeauftragten die Aufgaben der Kontrolle der Durchführung des Datenschutzes im Anwendungsbereich des dritten Abschnitts des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG), die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach § 43 BDSG und nach § 16 Abs. 2 Nr. 2 bis 5 Telemediengesetz (TMG) sowie die Leistung von Hilfe nach Art. 13 Abs. 2 Buchst. a des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981 zuzuweisen.

Das zu beurteilende Gesetzgebungsvorhaben sieht somit die Zusammenführung der Datenschutzkontrolle unter einer einzigen Stelle, dem Hessischen Datenschutzbeauftragten, vor. Es folgt dem Einheitsprinzip.¹⁷

¹⁶ LT-Drs. 18/3869, S. 8.

¹⁷ *Ronellenfitsch*, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 36; das Modell befürwortet z.B. auch *Taeger*, K&R 2010, 326, 331; so soll die Zusammenfassung der Aufsichtskompetenzen nach *Gola/Schomerus*, ZRP 2000, 183, 185 auch dem „Geist“ der RL 95/46/EG entsprechen. Kritisch äußert sich insoweit *Bull*, EuZW 2010, 488, 493, der eine Unterscheidung zwischen öffentlichem und nicht-öffentlichem Bereich auch in organisatorischer Hinsicht befürwortet.

1. Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG

Nach der gegenwärtigen gesetzlichen Konzeption des Datenschutzes in Hessen sind die Datenschutzkontrollen für den öffentlichen und den privaten Bereich getrennt. Allein der für den öffentlichen Bereich zuständige Hessische Datenschutzbeauftragte ist gem. § 22 HDSG in der Ausübung seines Amtes unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Er unterliegt damit weder einer Fach- noch einer Rechtsaufsicht¹⁸ und erfüllt somit die Voraussetzungen der Vorgaben von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG uneingeschränkt.¹⁹

Im nicht-öffentlichen Bereich wird die Ausführung des BDSG in Hessen hingegen nicht durch den Hessischen Datenschutzbeauftragten, sondern durch das Regierungspräsidium überwacht²⁰, das als staatliche Mittelbehörde der Fach- und Rechtsaufsicht des Hessischen Innenministeriums untersteht. Diese Regelung ist mit Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG und den Anforderungen des EuGH nicht vereinbar.²¹

Der mit § 24 Abs. 4 HDSG n.F. beschrittene Weg der Übertragung der Datenschutzkontrolle im nicht-öffentlichen Bereich auf eine im Sinne von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der RL 95/46/EG „völlig unabhängige“ Instanz ist notwendig und zweckmäßig.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Zusammenlegung der Datenschutzkontrollen im öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich von Art. 28 Abs. 1 Satz 1 der RL 95/46/EG keineswegs ausdrücklich gefordert wird²². Alternativen sind möglich. Allerdings scheint bereits angesichts der vergleichbaren Risikolagen die Aufrechterhaltung einer Trennung der Datenschutzaufsicht für den öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich wenig sinnvoll.²³

2. Vereinbarkeit mit dem BDSG

Die Regelung des § 24 Abs. 4 HDSG n.F. ist mit den Vorgaben des BDSG, insbesondere § 38 BDSG, vereinbar. „§ 38 BDSG regelt die Aufgabenzuweisung für die Aufsichtsbehörden“.

¹⁸ Nungesser, HDSG, 2. Auflage 2001, § 22 Rn. 1.

¹⁹ Vgl. Ronellenfitsch, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 13; siehe auch Roßnagel, EuZW 2010, 296, 300 und Albrecht, jurisPR-ITR 15/2010, Anm. 4.

²⁰ Nungesser, HDSG, 2. Auflage 2001, § 3 Rn. 23.

²¹ Ronellenfitsch, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 13; Tinnefeld/Buchner, DuD 2010, 581; Albrecht, jurisPR-ITR 15/2010, Anm. 4; a.A. noch Nungesser, HDSG, 2. Auflage 2001, § 30 Rn. 4 m.w.N.

²² Petri/Tinnefeld, MMR 2010, 352, 355; Ehmann/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie, 1999, Art. 28 Rn. 2; restriktiver insoweit Schild, DuD 2010, 549, 551, der die Zusammenlegung der Kontrollstellen fordert.

²³ Petri/Tinnefeld, MMR 2010, 352, 355; vgl. Gola/Schomerus, BDGS, 10. Auflage 2010, § 38 Rn. 31; a.A. Bull, EuZW 2010, 488, 493 f.

den und schafft die Ermächtigungsgrundlage für die hoheitlichen Befugnisse gegenüber den verantwortlichen nicht-öffentlichen Stellen.“²⁴ Mit § 38 Abs. 6 BDSG überlässt es der Bundesgesetzgeber den Landesregierungen, die für die Kontrolle der Durchführung des Datenschutzes im Anwendungsbereich des Dritten Abschnitts des BDSG zuständigen Aufsichtsbehörden zu bestimmen. Von diesem Recht macht der Landesgesetzgeber mit § 24 Abs. 4 HDSG n.F. Gebrauch.²⁵

3. Systematischer Zusammenhang im HDSG

Die mit § 24 Abs. 4 HDSG n.F. vorgesehene Neuorganisation der Datenschutzaufsicht für den nicht-öffentlichen Bereich fügt sich in den systematischen Zusammenhang des HDSG ein. Die bisherige Regelung des § 24 Abs. 4 HDSG über die Zusammenarbeit des Hessischen Datenschutzbeauftragten mit den für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich zuständigen Aufsichtsbehörden wird mit der Zusammenführung beider Aufgabenbereiche entbehrlich.

4. Rechtspolitische Erwägungen

Das im Änderungsantrag der Fraktionen der CDU, der SPD, der FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Neuordnung des Datenschutzes und Wahrung der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten in Hessen zu Tragen kommende Konzept der Vereinheitlichung der Datenschutzkontrolle ist auch aus rechtspolitischer Sicht zu begrüßen.

Zum einen wird mit der aus § 24 Abs. 4 HDSG n.F. folgenden Schaffung einer die Datenschutzaufsicht verantwortenden einheitlichen Stelle ein einheitlicher Ansprechpartner für die Belange des Datenschutzes geschaffen. Die hier zu verortende Konzentrationswirkung kann positive Synergien zur Folge haben.²⁶

Zum anderen könnte die Neuorganisation es ermöglichen, den Datenschutz in Hessen bürgerfreundlicher zu organisieren.²⁷ Für den Ratsuchenden wird es sich zumindest als

²⁴ Grittmann, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2010, § 38 Rn. 1.

²⁵ Zu den Alternativen Bergmann/Möhrle/Herb, BDSG, § 38 Rn. 105 ff.

²⁶ LT-Drs. 18/375, S. 5; vgl. Gola/Schomerus, BDGS, 10. Auflage 2010, § 38 Rn. 32.

²⁷ Dazu Ronellenfitsch, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 26 f., wonach die Aufteilung der Datenschutzkontrolle auf verschiedene Behörden nicht zur Transparenz und damit Bürgerfreundlichkeit beitragen würde und dem Bürger damit schlicht nicht vermittelt werden kann.

vorteilhaft erweisen, dass er künftig nicht mehr danach unterscheiden muss, ob Aspekte der Datenverarbeitung im öffentlichen oder nicht-öffentlichen Bereich betroffen sind.²⁸

Schließlich ist vor dem Hintergrund der angespannten Haushaltlage darauf hinzuweisen, dass eine effiziente Aufgabenwahrnehmung durch die Datenschutzaufsicht mit einem steigenden Mittelbedarf einhergeht. Die beabsichtigte Abkehr vom sog. Trennungsmodell könnte Einsparungen im Verwaltungsbereich nach sich ziehen.²⁹ Die so frei werdenden Gelder könnten in den Datenschutz investiert werden.³⁰

5. Fazit

Aus europarechtlicher Sicht ist die mit dem zu beurteilenden Änderungsantrag vom 22. März 2011 beabsichtigte Neuordnung der Datenschutzkontrolle in Hessen dringend geboten. Auf Ebene des deutschen Datenschutzrechts erscheint der Gesetzesentwurf - insbesondere § 24 Abs. 4 HDSG n.F. - stimmig. Das Reformvorhaben ist aus rechtlicher und rechtspolitischer Sicht zu befürworten.

III. Einrichtung einer Parlamentarischen Datenschutzkommission (§§ 22 Abs. 2, Abs. 3, 22a HDSG i.d.F. des Gesetzentwurfs vom 29. April 2009)

Mit § 22 Abs. 2, Abs. 3 HDSG i.d.F. des Gesetzentwurfs vom 29. April 2009 war ursprünglich auch die Einrichtung einer mit umfangreichen Befugnissen ausgestatteten Parlamentarischen Datenschutzkommission vorgesehen, deren Kontrolle der Hessische Datenschutzbeauftragte gem. § 22 Abs. 2 i.V.m. § 22a HDSG i.d.F. des Gesetzentwurfs vom 29. April 2009 unterstellt werden sollte.

Der Gesetzgeber verfolgte mit seinem zwischenzeitig verworfenen Vorhaben einen Ausbau der parlamentarischen Kontrolle des Hessischen Datenschutzbeauftragten. Nach dem Wortlaut der Begründung des Gesetzentwurfs war beabsichtigt, diesen der

²⁸ Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten *Petri*, in: Simitis, BDSG, 6. Auflage 2006, § 38 Rn. 15.

²⁹ Ähnlich *Ronellenfitsch*, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 27. Desweiteren soll nach *Gola/Schomerus*, ZRP 2000, 183, 185 angesichts der besseren personellen Ausstattung der Landesdatenschutzbeauftragten die Zusammenlegung der Kontrollaufgaben eine effizientere Aufgabenwahrnehmung ermöglichen.

³⁰ *Ronellenfitsch*, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 27.

„Rechtsaufsicht“ des Hessischen Landtags zu unterstellen³¹, was eine Interpretation nahelegt, die mit der Rechtsprechung des EuGH nicht zu vereinbaren wäre.³²

Dessen ungeachtet ist zu prüfen, ob rechtliche Erwägungen für die Einrichtung einer Parlamentarischen Datenschutzkommission sprechen oder gar eine darüberhinausgehende Kontrolle der Datenschutzaufsicht geboten wäre.

1. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit (sog. Verbot ministerialfreier Räume)

Mit seinen Überlegungen betreffend der Einrichtung einer Parlamentarischen Datenschutzkommission wollte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, „dass trotz der europarechtlich vorgegebenen Unabhängigkeit gewährleistet sein muss, dass der Hessische Datenschutzbeauftragte im Rahmen der Datenschutzkontrolle die Kompetenz besitzt, gegenüber privaten Dritten in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise Verwaltungsakte erlassen zu können.“³³

Grundlage der Reformüberlegungen ist demnach das Demokratieprinzip, welches Eingriffe in Grundrechte eigentlich nur dann zulässt, wenn eine Rechtsaufsicht des zuständigen Ministers gewährleistet ist und sich somit gegen die Entstehung ministerialfreier Räume wendet.³⁴ Mit der ursprünglich vorgesehenen Ausweitung der parlamentarischen Kontrollbefugnisse sollte den auf dem Demokratieprinzip fußenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet werden. Diese verfangen allerdings nicht.

Bereits hinsichtlich der Geltung des Verbots ministerialfreier Räume kann darauf verwiesen werden, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keineswegs so restriktiv ist, wie man zunächst annehmen möchte.³⁵ Unter bestimmten Voraussetzungen wird die Entstehung ministerialfreier Räume vielmehr gebilligt.³⁶ Das Bundesverfassungsgericht hebt bereits frühzeitig anlässlich seiner Entscheidung zur „Bremer Personalvertretung“³⁷ hervor:

³¹ LT-Drs. 18/375, S. 5.

³² Gleichwohl scheint die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Interpretation nicht ausgeschlossen; *Ronellenfitsch*, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 38.

³³ LT-Drs. 18/375, S. 5; für die Einrichtung eines „permanenten Kontrollausschusses“ wohl auch *Tinnefeld/Buchner*, DuD 2010, 581, 582.

³⁴ *Roßnagel*, EuZW 2010, 296, 300.

³⁵ Ausführlich zur Problematik *Ronellenfitsch*, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 15 ff.

³⁶ Zur Problematik bereits *Sokol*, MMR 1998, VIII, IX.

³⁷ BVerfG, Urt. v. 27.04.1959 – 2 BvF 2/58.

„Damit ist nicht gesagt, daß es keinerlei ‚ministerialfreien Raum‘ auf dem Gebiet der Verwaltung geben dürfe und daß von der Regierung unabhängige Ausschüsse für bestimmte Verwaltungsaufgaben in jedem Fall unzulässig seien. Wohl aber gibt es Regierungsaufgaben, die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen und auf Stellen übertragen werden dürfen, die von Regierung und Parlament unabhängig sind; andernfalls würde es der Regierung unmöglich gemacht, die von ihr geforderte Verantwortung zu tragen, da auf diese Weise unkontrollierte und niemand verantwortliche Stellen Einfluß auf die Staatsverwaltung gewinnen würden.“

In späteren Entscheidungen wird diese Haltung bestätigt und unter Bezugnahme auf Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG insoweit präzisiert, dass dem Volk bei Eingriffshandlungen ein effektiver Einfluss auf das Staatshandeln zugestanden werden müsse, weswegen sich Eingriffsakte auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden müssen.³⁸

Auch im Schrifttum wird eine Durchbrechung des Verbots ministerialfreier Räume für möglich gehalten, sofern hierfür „gewichtige Gründe“ angeführt werden können.³⁹ Diese „gewichtigen Gründe“ verortet das überwiegende Schrifttum in der Eigenart des mittels der Datenschutzaufsicht institutionalisierten Grundrechtsschutzes.⁴⁰

Bull hingegen hält die (seitens des EuGH) gegen eine staatliche Aufsicht der Datenschutzkontrollstellen angeführten Bedenken hingegen für wenig überzeugend.⁴¹ So bestünde durchaus die Gefahr, dass auch eine nach der Rechtsprechung des EuGH „völlig unabhängige“ Stelle ihre Aufgaben „unzweckmäßig, unwirksam oder gar rechtswidrig“ wahrnehme.⁴² Eine legitime und zweckmäßige Aufsicht müsse dem Staat daher ermöglicht werden.⁴³

Der von *Bull* angeführten Kritik, dass auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH eine mit demokratischen Prinzipien unvereinbare „Herrschaft von Sachverständigen“ errichtet würde⁴⁴, lässt sich allerdings die Kontrolltätigkeit des Parlaments entgegenhalten.

³⁸ BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89.

³⁹ *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Auflage 2008, § 42 Rn. 14, zitiert nach *Ronellenfitsch*, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 17 (dort beginnt auch eine ausführliche Analyse des Schrifttums).

⁴⁰ *Roßnagel*, EuZW 2010, 296, 300; *Petri/Tinnefeld*, MMR 2010, 157, 161, *Albrecht*, jurisPR-ITR 15/2010, Anm. 4; *Hellermann/Wieland*, DuD 2000, 284, 287 f.

⁴¹ *Bull*, EuZW 2010, 488, 491 f.

⁴² *Bull*, EuZW 2010, 488, 491.

⁴³ *Bull*, EuZW 2010, 488, 492.

⁴⁴ *Bull*, EuZW 2010, 488, 492.

2. Parlamentarische Kontrolle als verfassungskonforme Alternative

In seiner Entscheidung vom 09. März 2010 betont der EuGH als Selbstverständlichkeit, dass das Merkmal der „völligen Unabhängigkeit“ in einer Demokratie nicht den völligen Verzicht auf parlamentarische Einflussmöglichkeiten erfordern kann.⁴⁵ Vielmehr könne das Parlament seinen Einfluss im Rahmen vielfältiger Gestaltungsmöglichkeiten ausüben. Ausdrücklich genannt werden das Recht auf Bestimmung des Leitungspersonals der Kontrollstelle, die Möglichkeit der Festlegung der Kompetenzen der Kontrollstelle sowie die Pflicht der Kontrollstelle zur regelmäßigen Vorlage eines Rechenschaftsberichts.⁴⁶

Diese Vorgaben bzw. Einflussmöglichkeiten lassen sich auch mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot ministerialfreier Räume vereinbaren, wonach lediglich eine völlige Unabhängigkeit von der Beeinflussung einer Stelle durch die Regierung und das Parlament untersagt wird und jegliches Eingriffshandeln auf den Willen des Volkes zurückführbar bleiben muss.⁴⁷

Insoweit genügt es nämlich, parlamentarische Einwirkungsmöglichkeiten einzurichten, wie sie die Wahl des Hessischen Datenschutzbeauftragten (§ 21 Abs. 1 HDSG), die zeitliche Befristung der Aufgabenwahrnehmung (§ 21 Abs. 4 Satz 1 HDSG) sowie dessen Berichtspflichten (§ 30 HDSG n.F.) bieten.⁴⁸

3. Fazit

Die u.a. mit § 30 HDSG n.F. vorgesehene Anbindung des Hessischen Datenschutzbeauftragten an das Landesparlament ermöglicht eine Meinungsbildung über datenschutzrechtlich relevante Vorgänge und sorgt zudem für Transparenz und Teilhabe der Bevölkerung.⁴⁹

Das von Verfassungs wegen erforderliche Legitimationsniveau wird durch den Gesetzesentwurf erreicht.⁵⁰ Eine dauerhafte Kontrolle des Hessischen Datenschutzbeauftragten durch eine Parlamentarische Datenschutzkommission ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht erforderlich.⁵¹ Die Einrichtung einer Parlamentarischen Datenschutzkom-

⁴⁵ EuGH Urt. v. 09.03.2010 – C-518/07; vgl. *Bull.*, EuZW 2010, 488, 489.

⁴⁶ EuGH Urt. v. 09.03.2010 – C-518/07; das Berichtswesen gehört allerdings zu den noch weitgehend unerforschten Bereichen der Rechtswissenschaft, *Schoch*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage 2005, § 37 Rn. 65.

⁴⁷ Z.B. BVerfG, Urt. v. 27.04.1959 – 2 BvF 2/58 und BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89.

⁴⁸ Vgl. *Sokol*, MMR 1998, VIII, IX; zur den parlamentarischen Kontroll- und Steuerungselementen auch *Puhl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage 2005, § 48 Rn. 45.

⁴⁹ vgl. *Petri/Tinnefeld*, MMR 2010, 157, 158; *Petri/Tinnefeld*, MMR 2010, 352, 355.

⁵⁰ Vgl. *Petri/Tinnefeld*, MMR 2010, 157, 161; kritisch *Frenzel*, DÖV 2010, 925, 931.

⁵¹ *Petri/Tinnefeld*, MMR 2010, 157, 161

mission würde vielmehr schwierige Folgefragen hinsichtlich deren Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des EuGH zur „völligen Unabhängigkeit“ der Kontrollstellen aufwerfen.⁵²

IV. Das Amt des Hessischen Datenschutzbeauftragten

Mit der beabsichtigten Neuordnung des Datenschutzes ist eine Stärkung des nunmehr hauptamtlich auszuübenden Amtes des Hessischen Datenschutzbeauftragten vorgesehen.

1. Amtsstellung, Nebentätigkeiten (§ 21 Abs. 2 und Abs. 3 HDSG n.F.)

Angesichts der Forderung des EuGH nach „völliger Unabhängigkeit“ der Datenschutzkontrolle ist mit § 21 Abs. 2 HDSG n.F. beabsichtigt, den Hessischen Datenschutzbeauftragten in ein öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis zu berufen, das im Gegensatz zu einer Stellung als Landesbeamter der Dienstaufsicht entzogen ist.⁵³ Hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken.

Zudem ist angedacht, die Funktion des Hessischen Datenschutzbeauftragten künftig hauptberuflich ausüben zu lassen (§ 21 Abs. 3 Satz 2 HDSG n.F.). Die zunehmenden Gefährdungen der informationellen Selbstbestimmung sowie die mit § 24 Abs. 4 HDSG n.F. vorgesehene Ausweitung des Aufgabenbereichs lassen eine erhebliche Arbeitsmehrbelastung erwarten, weswegen dieser Schritt uneingeschränkt befürwortet werden kann.

Mit § 21 Abs. 3 Satz 3 und 4 HDSG n.F. wird die Zulässigkeit von Nebentätigkeiten des Hessischen Datenschutzbeauftragten gestattet, soweit diese das Vertrauen in seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht gefährden und sonst mit dem Ansehen des Amtes vereinbar sind. Hierzu ist anzumerken, dass Nebentätigkeiten in gewissem Umfang grundsätzlich in der Lage sind, Einfluss auf die freie Willensbildung des die Nebentätigkeit wahrnehmenden auszuüben und Abhängigkeitsverhältnisse entstehen lassen können. Die Orientierung des Gesetzgebers an der Zielsetzung des EuGH, der bereits einen „bösen Schein“ der Voreingenommenheit der Datenschutzaufsicht vermieden wissen möchte⁵⁴, entschärft die Problematik und sorgt für einen angemessenen Ausgleich der Interessen des Amtsinhabers und der Aspekte des Datenschutzes.

⁵² Vgl. *Ronellenfitsch*, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 38.

⁵³ LT-Drs. 18/3869, S. 5.

⁵⁴ Vgl. *Albrecht*, jurisPR-ITR 15/2010, Anm. 4.

2. Amtsbeendigung (§ 21 Abs. 4 HDSG n.F.)

Eine vorzeitige Beendigung des Amtes des Hessischen Datenschutzbeauftragten wird mit § 21 Abs. 4 Satz 3 HDSG n.F. ermöglicht, wenn Tatsachen vorliegen, die bei einem Beamten die Entlassung aus dem Dienst nach den §§ 22 und 23 Abs. 1 und 3 Nr. 1 des Beamtenstatusgesetzes oder die Beendigung des Dienstverhältnisses nach § 24 des Beamtenstatusgesetzes rechtfertigen und dies durch Urteil des Staatsgerichtshofs festgestellt wurde. Das notwendige Quorum sowie die Formalien des Abberufungsverfahrens bestimmt § 21 Abs. 4 Satz 4 HDSG n.F.

Die Regelung ist augenscheinlich auf eine Anregung von *Ronnellenfitsch* zurückzuführen, der eine „Lösung ähnlich der Ministeranklage nach Art. 115 Hessische Verfassung“ vorschlägt, weil eine an zu geringe Hürden gekoppelte Abwahlmöglichkeit „mittelbar politischen Druck auf die Amtsführung eröffnen und in der Öffentlichkeit den Eindruck des Wohlverhaltens mit Rücksicht auf die Amtsstabilität entstehen lassen [würde].“⁵⁵ Dies wäre mit den seitens des EuGH aufgestellten Anforderungen an die „völlige Unabhängigkeit“ der Datenschutzbeauftragten nicht vereinbar.⁵⁶ Die Neuregelung ist somit zu befürworten.

3. Aufgaben und Befugnisse des Datenschutzbeauftragten (§ 24 Abs. 4 Nr. 2 und Nr. 3 HDSG n.F.)

Das zu begutachtende Gesetzesvorhaben sieht vor, dem Hessischen Datenschutzbeauftragten neben den Kontrollbefugnissen im Anwendungsbereich des dritten Abschnitts des BDSG die Befugnis zur Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach § 43 BDSG (§ 24 Abs. 3 Nr. 2 a HDSG n.F.) und § 16 Abs. 2 Nr. 2 bis Nr. 5 TMG (§ 24 Abs. 3 Nr. 2 b HDSG n.F.) sowie die Pflicht zur gegenseitigen Hilfeleistung gem. Art. 13 Abs. 2 Buchst. a des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981 (§ 24 Abs. 3 Nr. 3 HDSG n.F.) zu übertragen.

Hinsichtlich der Ahnung der Ordnungswidrigkeiten nach § 43 BDSG ist anzumerken, dass das BDSG nicht festlegt, welche Behörde für die Verfolgung der Ordnungswidrigkeitentatbestände zuständig ist.⁵⁷ Somit kommt § 36 Abs. 1 Nr. 2 a OWiG zur Anwendung, wonach in den Ländern die fachlich zuständige oberste Landesbehörde mit der sachli-

⁵⁵ *Ronnellenfitsch* Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 38.

⁵⁶ *Ronnellenfitsch* Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen vom 13. April 2010, S. 38.

⁵⁷ Vgl. *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2010, § 43 Rn. 73.

chen Zuständigkeit ausgestattet wird. Die Zuständigkeit kann gem. § 36 Abs. 2 OWiG auf eine andere Behörde oder sonstige Stelle übertragen werden. Diese Übertragung kann selbstverständlich durch eine gesetzliche Regelung geschehen.⁵⁸ Bezüglich der zu übertragenden Befugnisse gem. § 24 Abs. 3 Nr. 2 b HDSG n.F. gilt nichts anderes.⁵⁹ Gegen die vorgesehenen Regelung des § 24 Abs. 3 Nr. 3 HDSG n.F. bestehen ebenfalls keine rechtlichen Bedenken.

4. Verwaltungsrechtsweg (§ 42 HDSG n.F.)

§ 42 HDSG n.F. bestimmt, dass für Klagen gegen Maßnahmen des Hessischen Datenschutzbeauftragten, die in Zusammenhang mit dessen Aufgabenwahrnehmung stehen, der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist und ein Vorverfahren nach dem 8. Abschnitt der Verwaltungsgerichtsordnung nicht stattfindet.

Die Vorschrift ist angesichts des offensichtlichen Vorliegens öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten⁶⁰ rein deklaratorischer Natur. Gleichwohl kann das seitens des Gesetzgebers erkannte Klarstellungsinteresse⁶¹ nachvollzogen werden.

5. Fazit

Mit dem zu beurteilenden Gesetzesentwurf findet eine zeitgemäße Beschreibung der Funktion des Hessischen Datenschutzbeauftragten als einheitliche Stelle der Datenschutzkontrolle statt, die den rechtlichen Erfordernissen und Herausforderungen des Datenschutzes in angemessener Weise begegnet.

V. Zusammenfassung

Insgesamt kann das mit dem Änderungsantrag der Fraktionen der CDU, der SPD, der FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Neuordnung des Datenschutzes und Wahrung der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten in Hessen vorgelegte Konzept zur Neustrukturierung des Datenschutzes in Hessen als gelungen bezeichnet werden. Rechtliche Risiken sind nach hier vertretener Auffassung nicht ersichtlich.⁶²

⁵⁸ Vgl. *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, § 43 Rn. 116.

⁵⁹ Vgl. *Heckmann*, in: ders., *jurisPK-Internetrecht*, 2. Auflage 2009, Kap. 1.16 Rn. 17 f.

⁶⁰ Vgl. *Grittmann*, in: *Taeger/Gabel*, BDSG, 2010, § 38 Rn. 50 ff.; *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, § 38 Rn. 128 ff.

⁶¹ LT-Drs. 18/3869; S. 9.

⁶² Kritisch hingegen *Bull*, *EuZW* 2010, 488, 493, der seiner Auffassung nach unterschiedlichen Gefährdungslagen wohl eher mittels einer unterschiedlich organisierten Datenschutzaufsicht begegnen möchte.

Allerdings darf im Zusammenhang mit einer solchen Reform des Datenschutzrechts nicht der Eindruck erweckt werden, dass hiernach auf Landes- oder gar Bundesebene ein moderner Stand des Datenschutzrechts erreicht wäre. Die Gesetzesnovelle muss vielmehr als richtiger Schritt auf dem Weg der Modernisierung des Datenschutzrechts verstanden werden, der weiter konsequent beschritten werden muss.

Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang auch auf den Berliner Gesetzgeber verwiesen, der kürzlich erst mit § 18a BlnDSG eine § 42a BDSG entsprechende Informationspflicht öffentlicher Stellen bei Datenverlusten in das Gesetz aufgenommen hat.⁶³ Aufgrund der identischen Interessenlage bei Datenschutzverletzungen im öffentlichen Bereich scheint diese Gleichstellung mit dem nicht-öffentlichen Bereich ein weiterer sinnvoller Schritt zur Vereinheitlichung und Effizienzsteigerung des Datenschutzrechts.⁶⁴

Angesichts der insbesondere im Internet und dort vor allem in sozialen Netzwerken zu verzeichnenden Trends der „freiwilligen“ Preisgabe von personenbezogenen Daten (auch unbeteiligter Dritter)⁶⁵ scheinen zudem völlig neuartige Datenschutzkonzepte erforderlich, die über eine rein formaljuristische Betrachtungsweise hinausgehen.⁶⁶ Insofern ist allerdings zuvorderst der Bundesgesetzgeber gefordert.

⁶³ LT-Drs. 16/3773.

⁶⁴ Vgl. *Gabel*, in: Taeger/ders., BDSG, 2010, § 42a Rn. 10; zur Erforderlichkeit der Regelung *Albrecht AnwZert ITR 13/2010*, Anm. 3.

⁶⁵ Hierzu *Heckmann*, K&R 2010, 771 ff.

⁶⁶ Vgl. *Heckmann*, K&R 2011, 1, 5.



Europa-Universität Viadrina, PF 1786, 15207 Frankfurt (Oder)

Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.
Staatsrecht und Verfassungsgeschichte

Tel. +49 (0) 335 55 34-22 95/-22 64

Fax +49 (0) 335 55 34-24 18

E-Mail: Wolff@europa-uni.de

www.europa-uni.de

Frankfurt (Oder), 27. April 2011

Stellungnahme für die schriftliche Anhörung vor dem Innenausschuss des hessischen Landtages zu dem

Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Neuordnung des Datenschutzes und Wahrung der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten in Hessen, LT-Drs. 18/375 vom 29.04.2009 sowie dem

Änderungsantrag der Fraktionen der CDU, der SPD, der FDP und von Bündnis 90/ Die Grünen, LT-Drs. 18/3869 vom 22.03.2011

A) Allgemeines

Beide Gesetzentwürfe finden ihren Regelungsschwerpunkt in der Ausgestaltung der Rechtsstellung des unabhängigen Datenschutzbeauftragten des Landes Hessen. Im Kern geht es darum, dem unabhängigen Datenschutzbeauftragten zum einen die Funktion der Aufsichtsbehörde i.S.v. § 38 BDSG zu übertragen und zum zweiten die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Kontrollstellen i.S.v. Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und eines freien Datenverkehrs (RL 95/46/EG) zu entsprechen. Während die Landtags-Drucksache 18/375 zeitlich vor dem Urteil des EuGH liegt, nimmt die zweite Drucksache 18/3869 auf das Urteil unmittelbar Bezug. Der große Zeitraum zwischen beiden Gesetzentwürfen von knapp zwei Jahren dürfte sich durch dieses Verfahren erklären.

Bekanntermaßen hat der EuGH aufgrund eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland in seinem viel beachteten Urteil vom 09.03.2010 eine Vertragsverletzung Deutschlands gegen die Konventionspflicht aus Art. 28 Abs. 1 UAbs. 2 RL 94/96 (EG) festgestellt, indem Deutschland die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten im nicht-öffentlichen Bereich zuständigen Kontroll-

2

stellen in den Bundesländern staatlicher Aufsicht unterstellt und damit das Erfordernis, dass diese Stellen ihre Aufgaben „in völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen, falsch umgesetzt hat.¹

Als Ergebnis formuliert der EuGH:²

Nach alledem ist Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen, dass die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten im nicht-öffentlichen Bereich zuständigen Kontrollstellen mit einer Unabhängigkeit ausgestattet sein müssen, die es ihnen ermöglicht, ihre Aufgaben ohne äußere Einflussnahme wahrzunehmen. Diese Unabhängigkeit schließt nicht nur jegliche Einflussnahme seitens der 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 genannten Kontrollstellen ihre Aufgabe, den Schutz des Rechts auf Privatsphäre und den freien Verkehr personenbezogener Daten ins Gleichgewicht zu bringen, erfüllen.

Die europarechtliche Forderung nach völliger Unabhängigkeit der Kontrollstellen ruft Friktionen mit dem sich aus dem Grundgesetz ergebenden Gebot der demokratischen Legitimation jeglichen staatlichen Handelns mit Entscheidungsgewalt hervor.

Bekanntlich folgert das BVerfG aus dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG, dass alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter demokratisch legitimiert sein muss. Entscheidend sei das jeweils sachlich angemessene Legitimationsniveau. Die Legitimation kann vor allem auf zwei Wegen erreicht werden, organisatorisch-personell oder sachlich-inhaltlich. Bei der organisatorisch-personellen Legitimation kommt es darauf an, wie sehr der mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betraute Amtswalter an das Parlament rückgekoppelt ist (Ernennung/ Abberufung/ Dienstaufsicht). Die sachlich-inhaltliche Legitimation beruht auf einer inhaltlichen Steuerung, die bis zum Parlament zurück geht (Gesetzesbindung/ Rechtsaufsicht/ Fachaufsicht). Beide Stränge greifen ineinander. Defizite im Bereich der so begründeten demokratischen Legitimation sind bei verfassungsrechtlicher Legitimation (Art. 28 Abs. 2 GG/ Art. 88 GG) und ggf. entsprechender Substitution durch

¹ EuGH (Große Kammer), Ut. v. 09.03.2010, RS - C-518 (Kommission/Deutschland), EuZW 2010, 296 mit Anmerkung von *Roßnagel*, EuZW 2010, 299 ff.; *Thomas Petril Marie-Theres Tinnefeld*, Zur Frage der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht über den privaten Bereich in Deutschland, MMR 2010, 355 ff.; *Indra Spiecker gen. Döhmman*, Zum Datenschutz im Hinblick auf die Unabhängigkeit der nationalen Aufsichtsstellen über den Datenschutz, JZ 2010, 787 ff.; *Hans Peter Bull*, Die „völlig unabhängige“ Aufsichtsbehörde, EuZW 2010, 488 ff.; *Eike Michael Frenzel*, „Völlige Unabhängigkeit“ im demokratischen Rechtsstaat, DÖV 2010, 925 ff.; *Astrid Epiney*, Urteilsanmerkung, AJP/PJA 2010, 659 ff.

² EuGH, Ut. v. 09.03.2010, RS - C-518 (Kommission/Deutschland), Rn. 30.

3

Partizipationsrecht der Betroffenen (Selbstverwaltungskörperschaften oder Anstalten) denkbar.³

Die Reichweite der demokratischen Legitimation, insbesondere die Bestimmung des im jeweiligen Einzelfall erforderlichen Legitimationsniveaus kann schwierig sein. Dass aber Stellen der vollziehenden Gewalt, die mit den Befugnissen ausgestattet sind, die § 38 BDSG den Kontrollstellen vermittelt, grundsätzlich einer strengen demokratischen Legitimation unterliegen, ist bisher nicht streitig gewesen.

Das geforderte Legitimationsniveau hängt dabei auch von den Befugnissen ab, die der relevanten Stelle zukommen. Die Aufsichtsbehörden über den Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich verfügen gemäß § 38 BDSG über eine erhebliche Befugnisdichte. Insbesondere nehmen zunächst die informationellen Aufsichtsmaßnahmen zu, wie Auskunftsrecht und Betretungsrechte (§ 38 Abs. 3, Abs. 4 BDSG). Weiter dürfen sie Maßnahmen zur Beseitigung festgestellter Verstöße anordnen, in besonderen Fällen die Verarbeitung untersagen. Schließlich können sie die Geldbuße gemäß § 43 BDSG verhängen, die ganz erhebliche Höhen erreichen kann. Soweit ersichtlich gibt es im deutschen nationalen Recht keine andere Stelle der vollziehenden Gewalt, die mit Hoheitsbefugnissen dieser Art ausgestattet ist, die in vergleichbarer Weise unabhängig ist wie die Kontrollstellen i.S.v. Art. 28 RL 95/46/EG. Es ist daher durchaus zweifelhaft, ob eine völlige Unabhängigkeit der Kontrollbehörden, wie sie der EuGH fordert, bei Heranziehung nationalrechtlicher Maßstäbe mit nationalem Verfassungsrecht vereinbar wäre.

Die Friktion mit dem nationalen Verfassungsrecht ändert an der Umsetzungspflicht Deutschlands nichts. Die Vorgaben des Art. 28 RL 95/46/EG fallen unter den sog. Anwendungsvorrang des EG-Rechts, der gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG in Verbindung mit den Zustimmungsgesetzen zu den völkerrechtlichen Verträgen zur Europäischen Union verfassungsrechtlich abgesichert ist. Die Integrationsgrenzen werden ersichtlich nicht überschritten – dies schon deshalb, weil auch das Bundesverfassungsgericht bereit ist, beim Datenschutz unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation der Kontrollstellen gewisse Abstriche vorzunehmen.

So hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich bei seiner Entscheidung über die Vorratsdatenspeicherung angenommen, dass zur Kontrolle der Einhaltung der Datenschutzvorschriften bei der Ausführung der Vorratsdatenspeicherung durch die privaten Telekommunikationsunternehmen eine unabhängige Datenschutzkontrollstelle eingerichtet werden muss, und hat auf diese Weise eine Relativierung der demokratischen Legitimation der Verwaltungstätigkeit im Bereich der Datenschutzkontrolle konkludent auch nach deutschem Verfassungsrecht zugelassen.⁴

³ S. dazu BVerfGE 83, 60, 73; BVerfGE 93, 37, 67 ff.; BVerfGE 107, 59, 92 ff.; BVerfGE 111, 191, 216 ff.; *Böckenförde*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 11 ff.; *Bull* (Fn. 1), EuZW 2010, 488, 489 ff.; *Wolfgang Kahl*, Die Staatsaufsicht, 2000, 479 ff.

⁴ Dazu BVerfG, Urt. v. 2. 3. 2010, Az: 1 BvR 256/08, NJW 2010, 833, Rn. 225.

4

Auch wenn dieses obiter dictum aller Wahrscheinlichkeit nach auf eine Verwechslung mit der Datenschutzkontrolle im staatlichen Bereich zurückzuführen sein dürfte,⁵ so kann man dennoch nicht sagen, dass eine Freistellung der staatlichen Datenschutzkontrolle des privaten Bereichs durch unabhängige Stellen den Demokratiegrundsatz des Grundgesetzes in einer für Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG erforderlichen Deutlichkeit verletzen würde.

Existieren Spannungen zwischen europarechtlichen Vorgaben, die durch den Anwendungsvorrang Geltung beanspruchen mit nationalem Verfassungsrecht, so besteht grundsätzlich die Verpflichtung, sofern Gestaltungsspielraum vorhanden ist, die Friktionen zum nationalen Verfassungsrecht möglichst gering zu halten. Dies würde im Fall der Kontrollstellen dazu führen, dass erstens die Kontrollmöglichkeiten, die Art. 28 RL 95/46/EG noch lässt, voll ausgeschöpft werden und zweitens die Kontrollbefugnisse der Aufsichtsbehörden auf das europarechtlich geforderte Minimum zurückgeführt werden würden.

Europarechtlich gibt Art. 28 Abs. 3 RL 94/96 (EG) vor, welche Mindestbefugnisse die Kontrollstellen besitzen müssen. § 38 BDSG geht deutlich darüber hinaus. Zu nennen sind die Befugnisse, Maßnahmen anzuordnen und Ordnungswidrigkeitenbescheide zu erlassen. Man kann daher erwägen die Gewährung der völligen Unabhängigkeit der Kontrollstellen mit einer Reduzierung ihrer Eingriffsbefugnisse zu verbinden. Beschränkt man die unabhängigen Datenschutzbeauftragten auch im Bereich der Kontrolle der Privaten auf die Erstellung von Berichten und die Möglichkeit, den Staatsanwaltschaften und den Ordnungsbehörden Meldungen zu machen, genügt dies Art. 28 Abs. 3 RL 94/96 (EG), sofern sie gleichzeitig über effektive Informationsbefugnisse verfügen.

Der Landesgesetzgeber kann an den Eingriffsbefugnissen der Kontrollstellen, die § 38 BDSG vermittelt, selbst nichts ändern, da er zu einer Änderung des Bundesgesetzes nicht befugt ist. Zu diskutieren wäre allenfalls, dass die Wahrnehmung der Verhängung von Geldbußen nicht dem unabhängigen Datenschutzbeauftragten zugewiesen wird. Es ist nicht schwer vorherzusehen, dass es künftig gerade in diesem Bereich zu erheblichen Konfliktsituationen kommen wird und die völlige Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten das Parlament in Rechtfertigungsnot bringen wird. Auch dem Datenschutzbeauftragten selbst wird die fehlende Kontrollmöglichkeit nur beschränkt hilfreich sein. Die bestehende Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle kann die fehlende demokratische Legitimation nicht voll ersetzen.

Andererseits ist ein Abspalten der Ordnungswidrigkeitenbefugnisse von den eigentlichen Befugnissen der Kontrollstellen nicht fachlich nicht sinnvoll, da sachlich Zusammengehöriges getrennt wird. Weiter ist die Auslegung, nach der die völlige Unabhängigkeit Friktionen mit dem nationalen Verfassungsrecht hervorruft, erstens gerichtlich noch nicht sanktioniert, d.h. noch kein Gericht hat diese Position

⁵ *Heinrich Amadeus Wolff*, Vorratsdatenspeicherung – Der Gesetzgeber gefangen zwischen Europarecht und Verfassung?, NVwZ 2010, 751, 752.

5

übernommen, und zweitens ist sie innerhalb der Literatur auch umstritten. Will man den Kontrollstellen allerdings die Befugnis, Ordnungswidrigkeiten zu verfolgen, belassen, liegt es nahe, seine Ausgestaltung so zu wählen, dass diese ihm möglichst viele demokratische Legitimationselemente zuweist. Die vorgeschlagene Gestaltung versucht dies, indem sie erstens eine Wahl durch das Parlament vorsieht, zweitens eine enge Informationskontrolle durch ein eigenes Gremium implantiert und drittens die gerichtliche Absetzung als Möglichkeit vorsieht. Auf diese Weise verwirklicht das hessische Recht in höherem Maße als viele andere Landesgesetze eine demokratische Legitimation des Datenschutzbeauftragten, so dass die beschriebenen Friktionen zwischen Nationalem Recht und Europarecht auf ein hinnehmbares Maß reduziert werden dürften.

Nach dem Urteil des EuGH muss die Organisation der Aufsichtsbehörden/ Kontrollstellen in Hessen geändert werden. Hessen ist gewissermaßen der Fall, auf den das Urteil des EuGH gedanklich zugeschnitten ist. Hessen muss daher handeln, insbesondere weil die Kommission unruhig zu werden scheint.⁶

Bei der Gestaltung bleiben dem Landesgesetzgeber verschiedene Möglichkeiten. Innerhalb Deutschlands wird auch nach dem Urteil die Gestaltung der Aufsichtsbehörden unterschiedlich sein. Die Zusammenfügung der Aufsichtsfunktionen im nichtöffentlichen und im öffentlichen Bereich zum unabhängigen Datenschutzbeauftragten ist der Weg, den die meisten Länder gehen und der der Sache nach ausgesprochen naheliegt.

B) Die Regelungen im Einzelnen

Im Einzelnen gilt:

- Änderung von § 20 Abs. 1 und Abs. 2: keine Bemerkung
- Änderung von § 21 Abs. 2:
Die Verpflichtungserklärung des Datenschutzbeauftragten wird detaillierter geregelt. Dies ist angesichts der zunehmenden Machtbefugnisse sinnvoll.
- Änderung von § 21 Abs. 3 – Hauptberuflichkeit:
Künftig soll der hessische unabhängige Datenschutzbeauftragte hauptamtlich tätig werden. Bisher waren die Datenschutzbeauftragten des Landes Hessen häufig zugleich Hochschullehrer. Das Land Hessen ist mit dieser Konstruktion

⁶ So soll nach Verlautbarungen die EU-Kommission hat Deutschland Anfang März aufgefordert haben, dem EuGH-Urteil vom 09.03.2010 (C-518/07) nachzukommen und sicherzustellen, dass die EU-Datenschutzrichtlinie vollständig umgesetzt wird und EU-Datenschutzvorschriften eingehalten werden - Quelle: DATEV eG Informationsbüro Brüssel vgl. <http://www.datev.de/portal/ShowPage.do?pid=dpi&nid=119896> - letzter Zugriff 29.04.2011.

ausgesprochen gut gefahren und genießt innerhalb Deutschlands und auch darüber hinaus gerade im Datenschutz einen hervorragenden Ruf. Stets hat es, nicht nur durch das historische erste Datenschutzgesetz, im Datenschutz eine herausragende Rolle gespielt. Dies lag auch immer an der hohen Sachkunde der Datenschutzbeauftragten. Durch die Einführung der Hauptamtlichkeit erschwert sich das Land Hessen die Möglichkeit, künftig Hochschul-lehrer für dieses Amt gewinnen zu können. Andererseits ist die angeführte Motivation, dass die Zunahme der Aufgabenfülle die Hauptamtlichkeit verlange, ausgesprochen nachvollziehbar.

- Änderung von § 21 Abs. 3 S. 3 ff. – Nebentätigkeit:
Das hessische Landesrecht nimmt ausdrücklich die Zulässigkeit der Nebentätigkeit auf. Es will auf diese Weise den unabhängigen Datenschutz-beauftragten nicht schlechter stellen als Beamte. Dies ist eine vertretbare Position.
Es ist aber nicht zu übersehen, dass dies angesichts der weitgehenden Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten und des gleichzeitig angesichts seiner Kontrollbefugnis mit Händen zu greifenden künftigen Konfliktpotenzials nicht besonders glücklich ist, hier die Parallele zum Beamtenrecht zu ziehen. Dies würde der Einmaligkeit der Ausgestaltung dieser Position durchaus gerecht werden.
Um die Wahl der potentiellen Amtsinhaber sich deutlich reduzieren, kann ggf. die Möglichkeit schaffen, die Nebentätigkeit, die vor der Wahl aufgenommen worden waren, noch beenden zu dürfen.
- Änderung von § 21 Abs. 4 – Richterlicher Entzug des Amtes:
Das hessische Recht behält die Möglichkeit des Verlustes des Amtes bei. Ob diese Art von Dienstaufsicht mit dem Urteil des EuGH vereinbar ist, ist den Entscheidungsgründen nicht hundertprozentig zu entnehmen. Überwiegend geht man davon aus, dass zumindest eine Unabhängigkeit, die der richterlichen Unabhängigkeit vergleichbar ist, den Maßstäben genügt. Aber schon diese Position ist nicht unbestritten. Die Unabhängigkeit der Beamten ist generell etwas schwächer ausgestaltet als die richterliche Unabhängigkeit. Die Verlustgründe gemäß §§ 22, 23, 24 Beamtenstatusgesetz ähneln aber weitgehend den Entlassungsgründen gemäß §§ 21 bis 24 Deutsches Richter-gesetz, so dass insoweit die Unterschiede vernachlässigt werden könnten.
Die Pflicht, ein Urteil des Staatsgerichtshofs herbeizuführen, erhöht den Schutz in prozeduraler Weise ganz erheblich. Hinzu kommt, dass nur der Landtag den Antrag stellen kann. Auf diese Weise gelingt es dem Land Hessen, eine sehr individuelle Ausgestaltung der Dienstaufsicht für den

7

Datenschutzbeauftragten zu formulieren. Diese erscheint insgesamt sehr sachgerecht und ist im Ergebnis sehr zu begrüßen.

Auf ein Problem soll allerdings hingewiesen werden:

Gemäß § 21 Abs. 3 Entwurf soll das Absprechen des Amtes möglich sein, wenn Tatsachen vorliegen, die bei einem Beamten die Entlassung aus dem Dienst nach § 23 Abs. 3 Nr. 1 BeamStG rechtfertigen. Gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 1 BeamStG können Beamte auf Probe entlassen werden, wenn sie eine Handlung begehen, die im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit mindestens eine Kürzung der Dienstbezüge zur Folge hätte. Diese Disziplinarmaßnahme i.S.v. § 8 BDG kann auch durch eine Disziplinarverfügung gemäß § 33 Abs. 1 BDG verhängt werden. Es handelt sich daher um eine Disziplinarverfügung mittlerer Güte. Demnach gestattet § 21 Abs. 3 i.V.m. § 23 Abs. 3 Nr. 3 BeamStG die gerichtliche Absprache des Amtes bei Vergehen, die für Beamte mittlere Disziplinarvergehen darstellen würden. Dies erscheint auf den ersten Blick eine zu starke Relativierung der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten. Ob dies einer Kontrolle durch die EU-Kommission Stand halten würde erscheint fraglich. Es wird angeregt, die Schwelle für die Absprache des Amtes noch einmal zu überdenken.

- Änderung von § 21 Abs. 6:
Die Einstufung des Datenschutzbeauftragten als ein Amt, das einem B-7-Amt gleichsteht, erscheint nicht willkürlich. Kappt man die Befugnis der Nebentätigkeit waere auch ein höhere Einstufung durchaus zu rechtfertigen.
- Änderung von § 21 Abs. 7 und Art. 8: keine Bemerkungen
- Änderung von § 22:
Das Land Hessen führt eine neue Kommission ein, die der Parlamentarischen Kontrollkommission im Nachrichtendienst nachgeordnet ist. Die Neuregelung erfasst somit eine Frage, die eigentlich durch die Geschäftsordnung des Landtages geregelt werden sollte. Das Bundesverfassungsgericht hat auf Bundesebene die gesetzliche Regelung allerdings zugelassen und darin keine Verletzung parlamentarischer Rechte gesehen. Gleiches wird man für das Landesrecht annehmen dürfen. Gegen die Organisation selbst bestehen keine Bedenken.
- Einfügung von § 22a – Datenschutzkommission
Die Informationsrechte der Datenschutzkommission sind erkennbar der Parlamentarischen Kontrollkommission der Nachrichtendienste nachformuliert. Die Unterscheidung zwischen allgemeiner Unterrichtungspflicht und Unterrichtungspflicht bei Vorgängen von besonderer Bedeutung hat sich bei dem nachrichtendienstlichen Bereich nur beschränkt bewährt. Andererseits

dürften die praktischen Schwierigkeiten, die mit der nur beschränkt nachvollziehbaren feinziselierten Untergliederung zwischen umfassender Unterrichtung, Unterrichtung über Vorgänge von besonderer Bedeutung und Unterrichtung zu konkreten Themen auf ausdrücklichen Wunsch in der Praxis sich in Grenzen halten. Die ausdrückliche Aufzählung im Bereich der Nachrichtendienste hängt damit zusammen, dass erfahrungsgemäß die Regierungen und die Nachrichtendienste nicht bereit sind, ihre Informationen offenzulegen. Der Datenschutzbeauftragte hat erfahrungsgemäß nicht in gleichem Maße ein Interesse an der Vertraulichkeit. Dennoch ist das Bemühen um eine gewisse Parallelität trotz der Verschiedenheit nachvollziehbar und sollte Vorrang vor den eher ästhetischen Bedenken eingeräumt werden.

- Änderung von § 24 Abs. 3: keine Bemerkung
- Änderung von § 24 Abs. 4 – Hessischer Datenschutzbeauftragter als Aufsichtsbehörde:
Die Norm begründet die Zuständigkeit des hessischen Datenschutzbeauftragten für die Funktion der Aufsichtsbehörden gemäß § 38 BDSG/ Kontrollbehörden gemäß Art. 28 RL 95/46/EG. Die Änderung der Organisation der Kontrollstelle in Hessen ist nach dem Urteil des EuGH unumgänglich. Die Zeit drängt. Der vorgeschlagene Weg, die Aufgaben dem hessischen Datenschutzbeauftragten zuzuweisen, ist gut nachvollziehbar und sehr naheliegend.
Dem Datenschutzbeauftragten werden auch zugewiesen die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten sowohl nach § 43 BDSG als auch nach § 16 TMG. Auf diese Weise wird die demokratische Legitimation der Kontrollbehörden erhöht. Es ist ausgesprochen sinnvoll, die Verfolgung der Ordnungswidrigkeiten durch die Behörde vorzunehmen, die mit den entsprechenden Normen fachlich betraut ist. Auf diese Weise entsteht die oben beschriebene Friktion zwischen der Unabhängigkeit einerseits und der gebotenen demokratischen Legitimation andererseits. Allerdings hat das Land Hessen sowohl durch die Wahl des Datenschutzbeauftragten durch das Parlament als auch durch die gerichtliche Möglichkeit des Entzuges des Amtes und durch die Sonderkonstruktion der Parlamentarischen Datenschutzkommission sehr viel getan, um die demokratische Legitimation des Datenschutzbeauftragten zu ermöglichen.
Entgegen der Gesetzesbegründung dürfte die Kontrolle der Parlamentarischen Datenschutzkommission nicht als Rechtskontrolle bezeichnet werden können, da zu einer Rechtskontrolle die Möglichkeit gehört, bei festgestellter Rechtswidrigkeit Weisungen zur Mängelbeseitigung zu erteilen. Diese Befugnis steht der Kontrollbehörde nicht zu. Sie hat daher nur eine Informationsaufsicht, aber keine Rechtsaufsicht.

9

- Änderung von § 30 – Berichtspflicht: keine Bemerkung
- Änderung von § 31 Abs. 2: Sinnvolle Folgemaßnahme
- Änderung von § 41 Abs. 2: keine Bemerkung
- Änderung von § 42: Verwaltungsrechtsweg
Die Klagemöglichkeit vor den Verwaltungsgerichten ohne Vorverfahren entspricht der Systematik der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten und ist grundsätzlich nachvollziehbar.

Nach § 42 würde auch der Rechtsschutz gegen Ordnungswidrigkeitenbescheide vor den Verwaltungsgerichten landen. Aus der Begründung ist nicht klar ersichtlich, dass der Gesetzgeber gesehen hat, dass der Verweis auf § 24 Abs. 4 auch den Fall betrifft, dass der Datenschutzbeauftragte Ordnungswidrigkeitenbescheide erlässt. Rechtsschutz gegen Ordnungswidrigkeitenbescheide wird bisher in aller Regel durch die Amtsgerichte gewährt. Weshalb nun die Verwaltungsgerichte dafür zuständig sein sollen, leuchtet nicht unmittelbar ein. Dies ließe sich vielleicht mit der ungewöhnlichen Stellung des Datenschutzbeauftragten rechtfertigen, aber rechtfertigen müsste man es schon. Es wird dringend angeregt, über diese Frage noch einmal nachzudenken.

Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff

(Die Datei wurde per Mail übermittelt und daher nicht unterschrieben)