

**Positionspapier
des AK I
zu den Konsequenzen aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom
09.03.2010, Rs. C 518/07**

1. Nach Auffassung des AK I sind sowohl die Fach- wie auch die Rechtsaufsicht gegenüber Stellen, die nach § 38 Abs. 6 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) mit der Wahrnehmung von Aufgaben der Datenschutzaufsicht betraut sind, im Lichte der Entscheidung des EuGH vom 9. März 2010 nicht mit der in Art. 28 Abs. 1 der EG-Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG) geforderten „völligen Unabhängigkeit“ vereinbar. Eine Dienstaufsicht gegenüber dem Leiter einer solchen Stelle ist dagegen nicht ausgeschlossen. Die dienstaufsichtlichen Befugnisse sind allerdings so auszugestalten, dass die unabhängige Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse gewährleistet bleibt, etwa durch Anlehnung an die Bestimmungen der Dienstaufsicht gegenüber Richtern sowie bei Bestellung des Leiters für eine bestimmte Dauer durch besonders schwer wiegende Gründe als Voraussetzung für seine vorzeitige Abberufung. Nach der Entscheidung des EuGH kann der Leiter einer solchen Stelle auch durch die „Regierung“, also etwa durch eine oberste Landesbehörde bestellt werden; ihr kann auch die Ausübung der Dienstaufsicht obliegen. Der Stelle sind ausreichende sachliche und personelle Mittel zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben zur Verfügung zu stellen. Die Stelle kann insbesondere auch „bei“ einer anderen staatlichen Behörde eingerichtet werden und – soweit ihre Unabhängigkeit gewahrt bleibt – die dort vorhandene Infrastruktur nutzen. Dem Leiter der Stelle sind die Weisungsbefugnis und die Dienstaufsicht gegenüber seinen Mitarbeitern zu übertragen. Es ist sicherzustellen, dass Mitarbeiterstellen im Einvernehmen mit ihm besetzt und Mitarbeiter gegen ihren Willen nur im Einvernehmen mit ihm versetzt, abgeordnet oder umgesetzt werden können.

2. Eine „völlig unabhängige“, weisungsfreie Ausführung von Gesetzen ist mit der durch das Demokratieprinzip gebotenen parlamentarischen Verantwortung der Regierung grundsätzlich nicht vereinbar. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt dieser Grundsatz allerdings nicht ausnahmslos. Ob danach eine weisungsfreie Datenschutzaufsicht gegenüber nicht-öffentlichen Stellen ausnahmsweise zulässig ist, erscheint nicht zweifelsfrei. Parlamentarische Kontrollrechte unmittelbar gegenüber einer weisungsfreien Stelle vermögen eine solche Ausnahme jedenfalls nicht zu rechtfertigen. Sie können die in einer gewaltenteilenden Ordnung gebotene parlamentarische Regierungsverantwortung nicht ersetzen. Zur Rechtfertigung kommt aus Sicht des AK I der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grund-

gesetzes in Betracht. Die Teilnahme an der Verwirklichung einer Harmonisierung der Datenschutzaufsicht auf europäischer Ebene ist ein legitimes und gewichtiges Anliegen. Der verfassungsrechtlich geforderte Ausnahmecharakter bleibt dabei noch gewahrt. Ein von der Regierung parlamentarisch nicht zu verantwortender Gesetzesvollzug ist hier nur in dem Umfang verfassungsrechtlich vertretbar, in dem er europarechtlich geboten ist. Der Eingriff in die parlamentarische Verantwortung der Regierung durch Schaffung eines weisungsfreien Gesetzesvollzugs bedarf zumindest eines förmlichen Gesetzes.

3. Nach Auffassung des AK I sollte vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund und im Interesse einer bundesweit möglichst einheitlichen Ausgestaltung der unabhängigen Datenschutzaufsicht die europarechtlich geforderte völlige Unabhängigkeit im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip und ihre Tragweite ausdrücklich im Bundesdatenschutzgesetz geregelt werden. Eine Regelung, wonach die Aufgaben und Befugnisse der Datenschutzaufsicht „in völliger Unabhängigkeit“ wahrzunehmen sind, bestimmt nicht mehr nur, durch „wen“, sondern in erster Linie „wie“ die Datenschutzaufsicht auszuüben ist, und gestaltet damit materielles Datenschutzrecht. Eine Befugnis zur Bestimmung der zuständigen Aufsichtsbehörde, wie sie nach § 38 Abs. 6 BDSG den Landesregierungen oder den von ihnen ermächtigten Stellen übertragen ist, schließt nicht auch die Befugnis zur Anordnung eines weisungsfreien Gesetzesvollzugs mit ein. Landesrechtliche Regelungen über die Einrichtung einer weisungsfreien Stelle müssen ohne eine Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes voraussetzen, dass dem weisungsfreien Vollzug Bundesrecht - bei richtlinienkonformer Auslegung - nicht entgegensteht. Die Weisungs- und Aufsichtsrechte des Bundes nach Art. 84 Abs. 2 bis 5 GG können durch Landesrecht nicht ausgeschlossen werden. Die Weisungsfreiheit des Bundesbeauftragten für den Datenschutz bei der Wahrnehmung der Datenschutzbefugnisse im Rahmen des § 115 Abs. 4 Telekommunikationsgesetz gegenüber Unternehmen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen, kann ebenfalls nur der Bundesgesetzgeber regeln. Gleiches gilt, soweit Eingriffsbefugnisse mit Rücksicht auf ihre Ausübung durch weisungsfreie Stellen geändert werden sollen.