

**Berliner Beauftragter für
Datenschutz und Akteneinsicht**

Prof. Dr. Hansjürgen Garstka



Berliner Beauftragter für den
Datenschutz und das Recht auf Akteneinsicht
Pallasstr. 25/26, 10781 Berlin

An den Präsidenten
des Landtags Nordrhein-Westfalen

Postfach 10 11 43
40002 Düsseldorf

vorab mit Fax

GeschZ. (bitte angeben)

Bearbeiter

Tel.: (030) 7876-8844
Durchwahl 7876 App.:
Intern: (9921)

Datum

17. Januar 2000

**Gesetz zur Änderung des Datenschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen
Gesetzentwurf der Landesregierung - Drucksache 12/4476 -
Ihr Schreiben vom 21. Dezember 1999**

Sehr geehrter Herr Präsident,

Für die Einladung zur öffentlichen Anhörung am 3. Februar 2000 in Düsseldorf bedanke ich mich. Gerne nehme ich zu dem Gesetzentwurf Stellung, wobei ich mich aufgrund der Berliner Erfahrungen auf den Aspekt der Ausgestaltung der Kontrollinstanzen konzentrieren möchte.

Wie erbeten, übersende ich beiliegend eine schriftliche Stellungnahme, die meinen Äußerungen bei der Anhörung zugrunde liegen wird.

Mit freundlichen Grüßen,


Hansjürgen Garstka

Landtag
Nordrhein-Westfalen
12. Wahlperiode

Neudruck
Zuschrift 12/3657
A08

**DATEN
SCHUTZ**

Sprechzeiten: gl. 9-15 Uhr, Do. 9-18 Uhr
oder nach Vereinbarung
Besuchereingang: Gleditschstr. 29
auch für Behinderte

Der Umwelt zuliebe verwenden wir Recyclingpapier.

U1, U2 und U15:
Nollendorfplatz
U7:
Eisenacherstr., Kleistpark

Bus:
204,
148,
348

Fax: (030) 216 99 27
E-Mail:
mailto:mailbox@datenschutz-berlin.de
Internet:
http://www.datenschutz-berlin.de

**Gesetz zur Änderung des Datenschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen
Gesetzentwurf der Landesregierung - Drucksache 12/4476 -
Anhörung am 3. Februar 2000 in Düsseldorf**

Zu dem Entwurf gebe ich folgende Stellungnahme ab:

Der Gesetzentwurf (im weiteren: Entwurf) bezweckt nicht nur, die Europäische Datenschutzrichtlinie 95/46/EG (im weiteren: Richtlinie) umzusetzen, sondern er enthält eine Reihe datenschutzrechtlicher Regelungen im Hinblick auf informationstechnische Entwicklungen, die die Richtlinie nicht vorgibt. Diese gehen wegweisend auch über die bislang bekannten Intentionen zur Neufassung des Bundesdatenschutzes hinaus.

Besonders betonen möchte ich dabei den Versuch, die veralteten und die technische Realität nicht mehr treffenden **Anforderungen an technische und organisatorische Maßnahmen** (§ 10) an den Stand der informatischen Diskussion anzupassen, deren Relativierung im Hinblick auf den damit verbundenen Aufwand zu streichen sowie ein Sicherheitskonzept verbindlich zu machen, das auch eine Vorabkontrolle hinsichtlich der Risiken für die informationelle Selbstbestimmung umschließt. Gerade im Hinblick darauf, dass weltweit in der technischen Sicherstellung der informationellen Selbstbestimmung („privacy enhancing technologies“) ein ganz wesentliches Kriterium für die Fortentwicklung des Datenschutzes gesehen wird, ist es nicht nur sinnvoll, sondern geradezu zwingend, die *datenschutzrechtlichen* Bestimmungen in einer Sprache zu artikulieren, die die informatische Diskussion über die Sicherheit der Informationstechnik aufnimmt. Dies ist im Entwurf gelungen.

Roßnagel

Recht der Multimedia-Dienste

Kommentar zum IuKDG und zum MDStV

Herausgegeben von

Dr. jur. Alexander Roßnagel

Professor an der Universität Kassel

Bearbeitet vom

Herausgeber und von

Dr. jur. Karsten Altenhain, Universität Tübingen; Dr. jur. Wolfgang Bär, Amtsgericht Bayreuth; Dr. jur. Johann Bizer, Universität Frankfurt; Dr. jur. Alexander Dix, LL. M., Landesbeauftragter für den Datenschutz und für das Recht auf Akteneinsicht, Brandenburg; Dr.-Ing. Volker Hammer, secorvo, Karlsruhe; Dr. jur. Horst Heitland, Bundesjustizministerium, Bonn; Dr. jur. Silke v. Lewinski, Max-Planck-Institut für Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München; Christoph Meier, Sächsische Staatskanzlei, Dresden; Dr. jur. Monika Paulus, Hessische Staatskanzlei, Wiesbaden; Dipl.-Inform. Ulrich Pordesch, GMD-Forschungszentrum Informationstechnik, Darmstadt; Peter Schaar, stellv. Datenschutzbeauftragter Hamburg; Prof. Dr. jur. Gerald Spindler, Universität Göttingen; Dr. jur. Jörg Uterow, Saarländische Staatskanzlei, Saarbrücken; Prof. Dr. jur. Thomas Vesting, Universität Augsburg; Ansgar Wanke, Hessische Staatskanzlei, Wiesbaden

Stand: 1. Januar 1999



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1999

Eine zentrale Stellung in der Diskussion über die Neugestaltung des deutschen Datenschutzrechts nimmt die Frage ein, wie künftig die **Kontrolle der Einhaltung der Datenschutzvorschriften organisiert werden soll**. Die Rechtsstellung, die der Berliner Datenschutzbeauftragte (seit Inkrafttreten des Berliner Informationsfreiheitsgesetzes am 30. Oktober 1999: Berliner Beauftragter für den Datenschutz und das Recht auf Akteneinsicht) innehat und die in der Literatur als vorbildlich betrachtet wird (z.B. Simitis: NJW 1997, 287), gibt mir Anlass, mich auf diesen Aspekt zu konzentrieren.

Im Land Nordrhein-Westfalen ist nach derzeitiger Rechtslage die nur für den öffentlichen Bereich zuständige Landesbeauftragte für den Datenschutz mit ihrer Dienststelle trotz ihrer verfassungsrechtlich abgesicherten Unabhängigkeit dem Innenministerium angegliedert. Die Aufgaben der Aufsichtsbehörde für die nicht-öffentlichen Stellen nach dem Bundesdatenschutzgesetz nehmen weisungsabhängige Organisationseinheiten zweier Bezirksregierungen (Aufsichtsbehörden) sowie des Innenministeriums (Oberste Aufsichtsbehörde) wahr; die Zuweisung erfolgte nicht durch Gesetz, sondern durch einen Organisationsakt der Landesregierung. Der Entwurf belässt es bei dieser Situation, die Begründung geht auf die Diskussion über die Rechtsstellung der Datenschutzbehörde mit keinem Wort ein.

Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, eine oder mehrere öffentliche Stellen (letzteres im Hinblick auf föderale Staatsstrukturen wie in der Bundesrepublik) zu beauftragen, die Datenschutzvorschriften zu überwachen; diese Stellen sollen die ihnen zugewiesenen Aufgaben in **völliger Unabhängigkeit** wahrnehmen (Art. 28 Abs. 1). Hierzu sind ihnen Untersuchungsbefugnisse, wirksame Einwirkungsbefugnisse sowie das Klagerecht oder eine Anzeigebefugnis zur Verfügung zu stellen (Art. 28 Abs. 2).

Diese Verpflichtung macht es meines Erachtens zwingend erforderlich, die Rechtsstellung der Landesbeauftragten (wie auch diejenige im Bund und den anderen Ländern) zu verändern. Drei Aspekte müssen dabei berücksichtigt werden:

- die Stellung der Landesbeauftragten in der Staatsorganisation (a),
- der Umfang der Zuständigkeit (b)
- die eingeräumten Befugnisse (c).

zu a)

Dass es zum effektiven Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Einrichtung unabhängiger Datenschutzbeauftragter bedarf, hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont (z.B. BVerfGE 65, 46; 67, 185). Die Richtlinie hebt dies durch den Zusatz "völlig" (im englischen Text: "complete") noch hervor. Es ist nicht zu bezweifeln, dass eine Organisationsform, bei der die Kontrollstelle einem Ministerium angegliedert ist, trotz aller gesetzlich zugesicherter Unabhängigkeit zumindest den Anschein erweckt, diese Unabhängigkeit bestehe jedenfalls nicht vollständig. Tatsächlich ist in der Regel wie in Nordrhein-Westfalen mit der Eingliederung in das Innenministerium eine Einbettung in den ministeriellen Organisationszusammenhang verbunden. Dies kann sich z.B. in personal-, haushalts- oder organisationsmäßiger Hinsicht auswirken und damit zwar nicht in der Sache, wohl aber in den Formen der Aufgabenerledigung die Unabhängigkeit tangieren.

Obwohl die Notwendigkeit der völligen Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten damals noch nicht so herausgearbeitet war, hat der Berliner Gesetzgeber bereits im Jahr 1978 die Konsequenzen aus entsprechenden Überlegungen gezogen und den Datenschutzbeauftragten durch das Berliner Datenschutzgesetz als **Oberste Landesbehörde** ausgestaltet. Die Festlegung, dass der Datenschutzbeauftragte auch **Oberste Dienstbehörde** (umfassend, und nicht nur im Hinblick auf § 96 StPO bzw. einzelne beamtenrechtliche Vorschriften) sowie haushaltsrechtlich dem **Präsidenten des Abgeordnetenhauses** und dem **Rechnungshof** gleichgestellt ist, folgten konsequenterweise.

Die Regelung hat sich bewährt, seit die Dienststelle des Datenschutzbeauftragten am 1. November 1979 ihre Arbeit aufnahm, und sie ist nach wie vor unangefochten. Rheinland-Pfalz und Hessen trafen zwischenzeitlich ähnliche Festlegungen, wenn auch im Detail mit abweichender Ausgestaltung., Schleswig-Holstein ist jüngst mit der Ausgestaltung der Datenschutzkontrolle als **Unabhängigem Landeszentrum für Datenschutz (Anstaltslösung)** einen anderen Weg mit allerdings vergleichbaren Konsequenzen gegangen.

Zur Sicherstellung der verfassungs- und europarechtlich gebotenen völligen Unabhängigkeit der Kontrollstelle kann ich daher nur empfehlen, nach Berliner Vorbild die Landesbeauftragte als **Oberste Landesbehörde** auszugestalten.

zu b)

Die Richtlinie kennt grundsätzlich keinen Unterschied zwischen dem Datenschutz im öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich. Dies gilt auch für die Organisation der Datenschutzkontrolle, so dass der deutsche Gesetzgeber verpflichtet ist, auch hier eine oder mehrere völlig unabhängige Kontrollinstanz(en) zu schaffen. Zwar ist auf Bundesebene noch keine Neuregelung der Stellung der Aufsichtsbehörden erfolgt. Unabhängig davon, ob der Bundesgesetzgeber den Ländern hierzu Vorgaben macht oder die Regelung den Ländern überlässt, werden die Landesgesetzgeber die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden sicherstellen müssen.

Dies bedeutet auch für das Land Nordrhein-Westfalen, dass auf keinen Fall die derzeitige Ausgestaltung der **Aufsichtsbehörden** als weisungsabhängige Organisationseinheiten der Bezirksregierungen bzw. des Innenministeriums beibehalten werden kann. Alle Versuche, die bisherige Lösung für richtlinienkonform zu erklären, widersprechen dem klaren Wortlaut des Art. 28.

Das Argument, "in völliger Unabhängigkeit" meine **Unabhängigkeit von der zu kontrollierenden Stelle**, muss schon deswegen fahlgelassen werden, weil dies derart selbstverständlich ist, dass es einer europarechtlichen Regelung, zudem noch verstärkt durch das Wort "völlig", keinesfalls bedurft hätte. Auch wenn immer wieder berichtet wird, in den Erörterungen zu diesen Bestimmungen im zuständigen Ratsgremium habe Deutschland diesen Standpunkt vorgetragen, ist festzuhalten, dass ein entsprechender expliziter Formulierungsvorschlag für die Richtlinie von den anderen Mitgliedstaaten einhellig abgelehnt wurde. Eine immer wieder erwähnte "Protokollnotiz" ist auch von denjenigen, die sie anführen, nie vorgelegt worden, wobei nach völlig einheitlicher Praxis der europäischen Instanzen derartige Notizen ohnehin nicht öffentlich sind und keinerlei rechtliche Wirkung entfalten.

Gegen die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden spricht auch nicht die These, dass **ministerialfreie Räume** verfassungswidrig seien. Das Bundesverfassungsgericht hat sie selbst unter bestimmten Bedingungen schon sehr frühzeitig für möglich gehalten (BVerfGE 9, 268). Eine der mächtigsten Instanzen der Bundesrepublik, die Deutsche Bundesbank, untersteht unangefochtener Weise keinerlei Aufsicht, obwohl sie über massivste Eingriffsbefugnisse gegenüber dem Kreditgewerbe verfügt. Zu Recht hat der Berliner Staatsrechtslehrer Gunnar Folke Schuppert in seiner Habilitationsschrift bereits vor 20 Jahren darauf hingewiesen, dass die parlamentarische Verantwortlichkeit zwar ein konstitutives Element unserer Demokratie

sei, dies aber nicht bedeute, dass eine bestimmte Organisationsform der Ministerialverantwortlichkeit der einzige Weg sei, dieses Prinzip zu verwirklichen. Es sei deshalb keineswegs ausgeschlossen, neue Formen zu entwickeln, vielmehr stelle sich sogar „angesichts einer sich stets wandelnden Verwaltungswirklichkeit ... die Frage nach alternativen Kontrollmethoden“ (Schuppert: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten. Göttingen 1981. S. 351 f.)

Diese bedürfen allerdings einer ausdrücklichen gesetzlichen Legitimation. Instrumente zur Sicherung der parlamentarischen Verantwortlichkeit, die dem Demokratiegebot hinreichend Rechnung tragen, sind z.B. die Wahl (für eine begrenzte Amtszeit) durch das Parlament (personelle Legitimation) und Rechenschaftspflichten in Form der Verpflichtung zur Vorlage von Tätigkeitsberichten oder zur jederzeitigen - auch persönlichen -Berichterstattung gegenüber dem Parlament (sachlich-inhaltliche Legitimation).

Es ist naheliegend, statt der - grundsätzlich möglichen - Schaffung einer neuen Behörde die **Aufgaben der Aufsichtsbehörde der (als Oberste Landesbehörde ausgestalteten) Landesbeauftragten zu übertragen**. Hierfür spricht eine Reihe von Argumenten. Den Bürgerinnen und Bürgern war von jeher nicht zu vermitteln, dass es unterschiedliche Zuständigkeiten im öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich gab. Verwunderung löst allenthalben der Umstand aus, dass gerade der nicht-öffentliche Bereich, in dem eine weitaus höhere Zahl an Datenschutzverstößen als im öffentlichen Bereich vermutet wird, von einer Behörde kontrolliert wird, die über erheblich weniger Ressourcen verfügt als die Beauftragten für den öffentlichen Sektor. Die verschiedensten Formen des Outsourcing, erst recht aber die in den nächsten Jahren zu erwartende sprunghaft steigende Nutzung des Internet machen es zunehmend unmöglich, die Kontrollräume zu trennen.

Die Zusammenlegung der Aufgaben erscheint auch aus **europäischer Perspektive zwingend**. Die einheitliche Geltung der Richtlinie für den öffentlichen und privaten Sektor lässt eine Aufspaltung der Zuständigkeiten als sachlich nicht gerechtfertigt, ja willkürlich erscheinen. In keinem anderen europäischen oder außereuropäischen Staat, in dem der Datenschutz in beiden Bereichen geregelt ist, gibt es eine derartige Trennung. In den europäischen Datenschutzgremien muss die deutsche Delegation ohnehin mit einer Stimme auftreten.

In Berlin ist die Zusammenlegung der ursprünglich ebenfalls getrennten Zuständigkeiten nach jahrelangen Empfehlungen des Datenschutzbeauftragten im Jahr 1995 in der Weise

erfolgt, dass der Berliner Datenschutzbeauftragte als Oberste Landesbehörde durch eine Änderung des Datenschutzgesetzes zur Aufsichtsbehörde erklärt wurde. Ein wesentliches Argument für die Zusammenführung war die Bestrebung im Rahmen der Verwaltungsreform, die Ministerialverwaltung von ministerialfremden Aufgaben zu entlasten. Im Hinblick auf die intensiv geführte Diskussion über die Zulässigkeit einer ministerialfreien Aufsicht wurde der Datenschutzbeauftragte der Rechtsaufsicht des Senats (nicht einer einzelnen Senatsverwaltung) unterstellt, soweit der nichtöffentliche Bereich betroffen war. Ob diese vor dem Wirksamwerden der Richtlinie geschaffene Konstruktion dem Gebot der "völligen Unabhängigkeit" noch genügt, ist mehr als fraglich; sie wird auch in Berlin (wo die Novellierungsdebatte noch aussteht) zu ändern sein. Nordrhein-Westfalen sollte jedenfalls diese problematische Zwischenlösung von vornherein vermeiden.

Praktisch hat sich die Zusammenführung der Aufgaben sehr bewährt. Nicht nur die Bürgerinnen und Bürger, sondern auch die **Privatunternehmen**, ihre **Verbände** und die verschiedenen im privaten Bereich aktiven **Datenschutzinstitutionen** haben sich durchweg **positiv** geäußert und nehmen die Kooperationsangebote sehr bereitwillig an. Die auch in Berlin früher geäußerte Befürchtung, die Datenschutzkontrolle durch eine unabhängige Datenschutzbehörde würde in der Wirtschaft auf großen Widerstand stoßen, hat sich nicht bewahrheitet; das Gegenteil war der Fall.

Meine durch die Berliner Erfahrung gestützte dringliche Empfehlung geht dahin, auch im Land Nordrhein-Westfalen im Datenschutzgesetz die Datenschutzkontrolle im öffentlichen und im nichtöffentlichen Bereich zusammenzuführen.

Zu c)

Die Richtlinie schreibt vor, dass der Kontrollstelle **wirksame Einwirkungsbefugnisse** zur Verfügung zu stellen sind. Diese Forderung geht über das bisherige deutsche Datenschutzrecht hinaus, das im öffentlichen Bereich als schärfste Reaktionsform die Beanstandung ohne entsprechende Weisungsbefugnisse, im nichtöffentlichen Bereich überhaupt nur exekutive Befugnisse bei **technisch-organisatorischen Maßnahmen** (da allerdings bis hin zu **Untersagung von Verfahren**, wovon meines Wissens noch nie Gebrauch gemacht wurde) vorsieht.

Der Landesgesetzgeber kann insoweit nur die Befugnisse gegenüber öffentlichen Stellen des Landes regeln, das den Aufsichtsbehörden zustehende Maßnahmenarsenal muss im Rahmen der BDSG-Novellierung noch bestimmt werden. Hier stellt sich jedoch die Frage, ob zur Effektivierung der Kontrolltätigkeit nicht die Spannweite der Richtlinie genutzt werden sollte, die außer der Befugnis zur Abgabe von Stellungnahmen und deren Veröffentlichung (dies entspricht der deutschen Beanstandungspraxis) auch die Befugnis vorsieht, die **Sper- rung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder das vorläufige oder endgültige Ver- bot einer Verarbeitung** anzuordnen. Auch die Möglichkeit, eine Verwarnung oder Ermah- nung der verantwortlichen Stelle vorzunehmen, sollte erwogen werden.

Die Richtlinie sieht schließlich ein **Klagerecht oder eine Anzeigebefugnis** bei Verstößen vor. Es sollte erwogen werden, ob eine derartige Regelung nicht auch ins nordrhein- westfälische Recht aufgenommen werden sollte.

Neben diesen grundsätzlichen Überlegungen zur Rechtsstellung der Datenschutzkontrolle möchte ich kritisch nur noch auf zwei Aspekte verweisen:

Auffällig ist, dass bei einer Reihe von Regelungen insbesondere zur Information der betrof- fenen Personen die **Wahrnehmung der Rechte durch den Vorbehalt eingeschränkt wird, dass die Erfüllung der Aufgabe nicht (wesentlich) beeinträchtigt wird** (z.B. §§ 12 Abs. 2, 13 Abs. 2, 16). Diese Vorbehalte finden in der Richtlinie keine Stütze; sie sind in dieser Form im bestehenden deutschen Datenschutzrecht auch nicht enthalten. Der durch diese Formulierungen eingeräumte Ermessensspielraum ist vielmehr dazu geeignet, die öffentli- chen Stellen zu ermutigen, ihren Informationspflichten nicht oder nur unvollkommen nachzu- kommen. Auch im Hinblick auf die in Berlin bereits geführte und sicherlich auch im Land Nordrhein-Westfalen bevorstehende Diskussion über die rechtliche Verankerung der Infor- mationsfreiheit, die unabhängig von möglichen (in der Regel geringen) Beeinträchtigungen der Aufgabenerfüllung zu gewährleisten ist, sollten im Datenschutzrecht diese Vorbehalte entfallen.

Eine überall intensiv geführte Diskussion betrifft die Frage, in welchem Umfang die **Video- überwachung ("optisch-elektronische Überwachung")** öffentlich zugänglicher Bereiche zugelassen werden soll. Der Landesgesetzgeber kann hier nur die Überwachung durch öf-

fentliche Stellen des Landes regeln. § 29 b des Entwurfs lässt eine Beobachtung ohne Speicherung zu, soweit dies zur Aufgabenerfüllung oder zur Wahrnehmung des Hausrechts dient und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen betroffener Personen überwiegen. Der bislang bekannte Entwurf für ein Bundesdatenschutzgesetz verlangt demgegenüber bereits in dieser Phase die Erforderlichkeit für die Aufgabenerfüllung bzw. die Wahrnehmung des Hausrechts. Diese (strengere) Voraussetzung sollte auch in das Landesrecht aufgenommen werden.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist die Speicherung der Daten der wesentliche Vorgang. Erst Aufzeichnungen können (personenbezogen) ausgewertet werden, die Ergebnisse der Auswertung in Form personenbezogener Daten weiterverarbeitet werden. Die Regelung des § 29 b Abs. 2 sieht vor, dass eine Speicherung dann zulässig ist, wenn dies zum Erreichen der verfolgten Zwecke unverzichtbar ist.

Zusätzlich notwendig ist allerdings, dass die Zulässigkeit der Aufzeichnung einen besonderen Anlass voraussetzt. Dieser liegt z.B. im Beobachten einer Straftat oder Gefahrenlage oder im Verstoß gegen hausordnungsrechtliche Vorschriften; dies bedeutet, dass die Aufzeichnung durch eine Person veranlasst werden muss, die eine entsprechende Beobachtung macht. Nur in Situationen, in denen ein Anlass permanent vermutet wird (Geldautomaten, Taxifahrer, jüdische Einrichtungen), ist eine kontinuierliche Aufzeichnung vertretbar. Dies sollte in der Regelung so zum Ausdruck kommen.