



Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit
Klosterwall 6 (Block C), D – 20095 Hamburg

An die Vorsitzende des
Innen- und Rechtsausschusses
des Schleswig-Holsteinischen Landtags
Frau Barbara Ostmeier

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/741

Klosterwall 6, Block C
D – 20095 Hamburg
Telefon: 040 - 428 54 - 40 40 (Vorzimmer)
Telefax: 040 - 428 54 - 40 00
Ansprechpartner: Prof. Dr. Caspar
E-Mail*: Johannes.Caspar@datenschutz.hamburg.de

Az.: D /

Hamburg, den 5. März 2018

***Schriftliche Anhörung des Innen- und Rechtsausschusses des schleswig-holsteinischen Landtags zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680
Gesetzesentwurf der Landesregierung Drucksache 19/429***

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

haben Sie vielen Dank für die Gelegenheit, zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 Stellung zu nehmen.

Mit Blick auf die Vielzahl der in den einzelnen Artikeln des Gesetzesentwurfs enthaltenen landesrechtlichen Regelungen beschränken sich meine Ausführungen auf Artikel 1 betreffend das Schleswig-Holsteinische Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten (Landesdatenschutzgesetz – LDSG) sowie auf Artikel 2 Gesetz zur Errichtung eines unabhängigen Landesentrums für Datenschutz (Errichtungsgesetz ULD). Zudem erfolgt eine Gewichtung auf die aus meiner Sicht wesentlichsten Aspekte.

Es wird ferner darauf hingewiesen, dass einige der anzusprechenden Fragestellungen inhaltlich bereits Gegenstand meiner Stellungnahme gegenüber der Hamburgischen Bürgerschaft zur entsprechenden landesgesetzlichen Umsetzung der DSGVO und der JI-Richtlinie in der

FHH waren (<https://www.datenschutz-hamburg.de/news/detail/article/stellungnahme-des-hmbbfdi-zum-senatsentwurf-zum-hmbdsg-und-hmbjvollzdsg.html>).

Insoweit konnte ein Teil der Erörterungen, die sich sinngemäß auf ähnliche Regelungen in Hamburg beziehen, auf Schleswig-Holstein übertragen werden.

I. Zu Artikel 1

Schleswig-Holsteinisches Gesetz zum Schutz von personenbezogenen Daten (Landesdatenschutzgesetz)

1. § 14 Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume

In § 14 Abs. 1 Satz 1 wird Art. 9 DSGVO erwähnt, der die Verarbeitung **besonderer Kategorien** personenbezogener Daten regelt. Hierzu gehören Daten, aus denen die „rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen“. Von besonderer Bedeutung sind im Zusammenhang mit der Videoüberwachung die „biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person“. Die Verarbeitung biometrischer Daten ist erforderlich zum Betrieb einer Videoüberwachung mit Gesichtserkennung.

Laut Begründung soll § 14 Abs. 1 nicht die spezifisch biometrische Videoüberwachung erlauben, sondern lediglich einer Auslegung vorbeugen, die bei jeder Videoüberwachung auch Art. 9 DSGVO für einschlägig hält, weil immer rassische, ethnische Daten usw. erhoben würden. Hieran bleiben angesichts der offenen Formulierung jedoch zumindest Restzweifel. Denn in der Begründung wird ausdrücklich darauf hingewiesen: „Damit wird nicht **jede** Videoüberwachung im Hinblick auf Artikel 9-Daten nach der Verordnung (EU) 2016/679 ermöglicht. Diese wird nämlich die auch hier geltende zusätzliche Voraussetzung der Erforderlichkeit für die Aufgabenwahrnehmung erfüllen müssen“ (LT-Drucks. 19/429, S. 144, Hervorhebung durch Verfasser). Damit bleibt es einer Erforderlichkeitsprüfung vorbehalten, künftig auch Videoüberwachung, etwa zum Zweck der automatischen Gesichtserkennung, einzusetzen.

Soll die Aufnahme von Art. 9 in § 14 Abs. 1 tatsächlich lediglich klarstellenden Charakter haben und sicherstellen, dass nur die „normale“ Videoüberwachung künftig durchgeführt werden darf, empfiehlt es sich, dies in den Gesetzestext aufzunehmen. Eine Erklärung in der Gesetzesbegründung, die nicht Teil des Normtextes wird, läuft stets Gefahr, bei der späteren Auslegung in der Rechtsanwendung übersehen oder uminterpretiert zu werden.

Zudem sollte der Hinweis auf den **Ausschluss der Videoüberwachung durch Nutzung und Verarbeitung biometrischer Merkmale**, insbesondere zur automatischen Gesichtserkennung, unter Streichung der oben zitierten Formulierung unmissverständlich in der Begründung aufgenommen werden. Nur so lässt sich eine Erweiterung der Videoüberwachung auf bisher nicht zulässige Einsatzfelder zuverlässig ausschließen.

Die Transparenzpflichten in **§ 14 Abs. 2 und Abs. 4** sind problematisch. Nach § 14 Abs. 2 soll die Pflicht nach Art. 13 Abs. 1 a-c sofort erfüllt werden, die weiteren Informationen nach Art. 13 sind lediglich zum Abruf bereitzuhalten. Nach § 14 Abs. 4 sollen die Transparenzpflichten nach Art. 13 und 14 DSGVO erst dann greifen, wenn die Aufnahmen einer bestimmten Person zugeordnet werden.

Es ist fraglich, ob die Geltung von Art. 13 und 14 DSGVO überhaupt in einem nationalen Gesetz angeordnet werden kann. Für eine Beschränkung der Transparenzpflichten müssten jedenfalls die Voraussetzungen von Art. 23 DSGVO erfüllt sein. Ob dies von § 14 überhaupt beabsichtigt ist, bleibt unklar.

Nach **§ 14 Abs. 4** soll die Verarbeitung zu einem anderen Zweck die Transparenzpflichten nach Art. 13, 14 DSGVO auslösen. Welche damit genau gemeint sind, bleibt unklar. Es ergibt sich bereits aus Art. 14 Abs. 4 DSGVO, dass Weiterverarbeitungen zu anderen Zwecken Transparenzpflichten auslösen. Dies darf wegen des Vorrangs der EU-Verordnung vor nationalem Recht nicht einmal wiederholt werden. Unabhängig davon wird die Pflicht in § 14 Abs. 4 auch wieder eingeschränkt („soweit und solange der Zweck der Verarbeitung hierdurch nicht gefährdet wird“). Die Rechtmäßigkeit einer solchen Einschränkung wird nicht begründet.

Das Recht auf Löschung, das in § 14 Abs. 5 geregelt wird, ergibt sich aus Art. 17 Abs. 1 und 2 DSGVO, es ist daher nicht im Landesdatenschutzgesetz noch einmal zu regeln. Dies ergibt nur dann Sinn, wenn man davon ausgeht, dass Art. 17 Abs. 1 und 2 DSGVO keine Anwendung findet (so Art. 17 Abs. 3 DSGVO bei Verarbeitungen zur Wahrnehmung von Aufgaben im öff. Interesse oder in Ausübung öff. Gewalt). Gleichzeitig ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, dass das Recht auf Löschung aus Art. 17 DSGVO anwendbar sei. Hier ist eine Anpassung der Begründung an den Gesetzestext oder andersherum erforderlich.

2. § 17 Aufgaben und Befugnisse

§ 17 behandelt die Aufgaben und Befugnisse der oder des Landesbeauftragten für Datenschutz. Absatz 1 bestimmt die oder den Landesbeauftragten für Datenschutz als die zuständige Aufsichtsbehörde nach Artikel 51 Absatz 1 der DSGVO. Die Befugnisse der Aufsichts-

behörde ergeben sich unmittelbar aus Artikel 58 der DSGVO. Art. 58 Absatz 2 stattet die Aufsichtsbehörde mit verschiedenen Abhilfebefugnissen aus. Diese ermöglichen der Aufsichtsbehörde ein **direktes Einschreiten** gegenüber der Aufsicht unterworfenen Regelungsadressaten.

§ 17 Absatz 2 des Gesetzentwurfs trifft demgegenüber eine abweichende Regelung. Bei Verstößen gegen die Vorschriften über den Datenschutz oder sonstigen Mängeln bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, die die oder der Landesbeauftragte feststellt, erfolgt danach künftig keine direkte Inanspruchnahme gegenüber dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter. Vielmehr wird für die Ausübung der Befugnisse in Artikel 58a Absatz 2 e bis g, i und j der DSGVO ein **abweichendes Verfahren** eingeführt: Danach sind Mängel oder Verstöße zunächst der **Rechts- oder Fachaufsichtsbehörde mitzuteilen**, um dieser vor der Ausübung aufsichtsbehördlicher Befugnisse Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

Nach Maßgabe der Begründung in § 17 soll die Aufsichtsbehörde dadurch in die Lage versetzt werden, „rechtzeitig auf datenschutzrechtliche Bedenken zu reagieren, die möglicherweise in einer Vielzahl von Fällen relevant sind (etwa aufgrund von Regelungen im Fachverfahren) oder die spezifischen Gründe für bestimmte Regelungen darzulegen“ (LT-Drucksache 19/420, Seite 147). Ferner wird darauf verwiesen, dass die Ausgestaltung des eigentlichen Verwaltungsverfahrens Sache des nationalen Verfahrensrechts sei und damit der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten unterfalle.

Die gesetzliche Verpflichtung zum Durchlaufen eines aufsichtsbehördlichen Vorverfahrens vor der Umsetzung von Abhilfebefugnissen gegenüber öffentlichen Stellen widerspricht den klaren Vorgaben der EU-Datenschutzgrundverordnung. Die Regelung in Artikel 58 DSGVO sieht für die Mitgliedstaaten zwei Öffnungsklauseln vor. Diese sind jedoch für die hier geregelten Abweichungen nicht einschlägig. Insbesondere die Möglichkeit, nach Art. 58 Abs. 2 durch mitgliedstaatliche Vorschriften **zusätzliche Befugnisse** neben den in Art. 58 Absatz 1 bis 3 DSGVO genannten zu schaffen, kann die abweichende Regelung in § 17 nicht legitimieren. Tatsächlich stellt das Erfordernis, vor der Durchsetzung von Abhilfebefugnissen die Rechts- oder Fachaufsicht mit der Problematik eines Datenschutzverstößes zu befassen, eine **Einschränkung der aufsichtsbehördlichen Kompetenzen**, keineswegs deren Erweiterung im Sinne einer „zusätzlichen Befugnis“ dar. Schließlich steht es der Aufsichtsbehörde ja auch ohne eine entsprechende Regelung frei, die Rechts- oder Fachaufsicht der verantwortlichen Stelle vorab zu kontaktieren.

Diese Regelung, die im Übrigen dem §16 Absatz 2 BDSG-neu für die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit entspricht, erschwert die Durchsetzung des Datenschutzes sowohl im Bereich von unverbindlichen Beanstandungen wie der Warnung, aber auch von verbindlichen Anweisungen gegenüber einer verantwortlichen Stelle, datenschutzrechtlich gebotene Handlungen vorzunehmen. Soweit vorab – quasi als eine Art Widerspruchverfahren – die Rechts- oder Fachaufsichtsebene eingeschaltet wird, verzögert sich die Möglichkeit, wirksame Abhilfebefugnisse gegen eine Datenverarbeitung geltend zu machen, gleichzeitig steigert dies den Verwaltungs- und Argumentationsaufwand zur Durchsetzung des Datenschutzes nicht unbeträchtlich. Der Weg des Einschaltens der Aufsichtsbehörde stellt im Übrigen eine Handlungsoption dar, die jede unabhängige Stelle im Einzelfall stets ohnehin für sich prüfen und freiwillig in Anspruch nehmen kann.

Auch die Begründung, wonach das verpflichtende Vorverfahren eine Art Kompensation einer ansonsten fehlenden Anhörung sei, ist nicht zielführend. Das Erfordernis einer Anhörung resultiert gerade aus dem Schutz der Grundrechte und dem Rechtsstaatsprinzip, wonach der Einzelne nicht Objekt staatlichen Handelns sein soll (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 28, Rn. 3ff). Bei der Beteiligung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Adressaten von datenschutzrechtlichen Maßnahmen kommt diesem Grundsatz regelmäßig keine unmittelbare Geltung zu. Das gilt erst recht, wenn die Maßnahme - wie bei einer Beanstandung oder Verwarnung - ohnehin keine rechtsverbindliche Wirkung gegenüber den Regelungsadressaten erzeugt. Für rechtsverbindliche Anweisungen bzw. Anordnungen gegenüber öffentlichen Stellen kann es durchaus Sinn machen, in Analogie zu § 28 VwVfG zunächst eine Anhörung durchzuführen, um einen möglicherweise langwierigen Rechtsstreit zu vermeiden. Das bezieht sich dann aber auf eine Entscheidung im Einzelfall und betrifft die für die Datenverarbeitung verantwortliche Stelle, nicht deren Aufsichtsbehörde.

Im Übrigen hat es die verantwortliche öffentliche Stelle jederzeit in der Hand, gegenüber der Anordnung einer Aufsichtsbehörde Rechtsmittel vor dem zuständigen Verwaltungsgericht einzulegen. Nach § 20 Absatz 7 BDSG-neu darf eine Aufsichtsbehörde gegenüber einer Behörde oder dem Rechtsträger nicht die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 der VwGO anordnen. Damit kann die Behörde jederzeit die aufschiebende Wirkung einer behördlichen Anordnung herstellen und damit die Durchsetzbarkeit einer Anordnung einer unabhängigen Stelle blockieren. Die Befürchtung, dass die Datenschutzbehörden nachhaltig in Verwaltungsabläufe eingreifen können, ist daher unbegründet und kann eine Befassung der Aufsichtsbehörde nicht begründen.

Nach alledem stellt der hier vorliegende verpflichtende Umweg über eine Art von Vorverfahren einen Eingriff in die unmittelbaren Abhilfebefugnisse der Aufsichtsbehörden dar, die der

Datenschutzgrundverordnung zuwiderlaufen. Die Durchsetzung des Datenschutzrechts gegenüber öffentlichen Stellen wird dadurch erheblich erschwert und verzögert. Da die Regelung in § 17 Abs. 2 der EU- Datenschutzgrundverordnung widerspricht, ohne dass eine Öffnungsklausel in Betracht kommt, sollte sie gestrichen werden.

3. Artikel 1 - § 63 LDSG-E: fehlende wirksame Abhilfebefugnisse

Art. 47 Abs. 2 der EU-Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (sog. JI-Richtlinie) verlangt, dass jede Aufsichtsbehörde über wirksame Abhilfebefugnisse verfügen muss. Die JI-Richtlinie nennt in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Befugnis, den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter anzuweisen, Verarbeitungsvorgänge gegebenenfalls auf bestimmte Weise und innerhalb eines bestimmten Zeitraums mit den nach dieser Richtlinie erlassenen Vorschriften in Einklang zu bringen, insbesondere durch die Anordnung der Berichtigung oder Löschung personenbezogener Daten oder Einschränkung der Verarbeitung. Es muss sich demnach um Befugnisse zur Durchsetzung datenschutzrechtlicher Anforderungen handeln.

Die in § 63 LDSG-E vorgesehene Regelung setzt die europarechtlichen Anforderungen nicht ausreichend um. Er räumt der bzw. dem Landesbeauftragten hinsichtlich festgestellter Verstöße lediglich die Befugnis ein, dies zu beanstanden. Darüber hinaus wird nur noch die Möglichkeit der Warnung bzgl. drohender Verstöße eröffnet; weitergehende Befugnisse werden hingegen in Umsetzung der JI-Richtlinie nicht eingeräumt. Bloße Beanstandungen sowie Warnungen sind aber weder verbindlich noch durchsetzbar. Soweit der Verantwortliche eine andere Auffassung als die bzw. der Landesbeauftragte für Datenschutz hat, besteht keine Möglichkeit der Durchsetzung oder Einleitung einer gerichtlichen Klärung der Frage, ob die betreffende Verarbeitung rechtswidrig ist. In dieser Konstellation kann keine wirksame Abhilfe herbeigeführt werden. Um den Befugnissen Wirksamkeit zu verleihen, bedarf es – wie im Anwendungsbereich der DSGVO – zumindest der Möglichkeit, verbindliche Anordnungen zu treffen. Erst hierdurch kann auch eine gerichtliche Klärung herbeigeführt werden.

Gründe, der bzw. dem Landesbeauftragten diese Befugnis zu versagen, bestehen nicht. Insbesondere trifft auch nicht die Sorge zu, dass mittels derartig effektiver Abhilfebefugnisse der bzw. dem Landesdatenschutzbeauftragten eine Letztentscheidungsbefugnis zukäme. Zum einen darf die bzw. der Landesdatenschutzbeauftragte nach § 20 Abs. 7 BDSG-neu gegenüber einer Behörde oder deren Rechtsträger nicht die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Ab-

satz 2 Satz 1 Nummer 4 der Verwaltungsgerichtsordnung anordnen. Zum anderen ist auch ein Vollzug unzulässig, da dies gemäß § 234 LVwG „durch Rechtsvorschrift ausdrücklich zugelassen“ sein müsste. Die letzte Entscheidungsbefugnis hätte somit, auch und gerade ohne dass die verantwortlichen Stellen einstweilen in ihrer Datenverarbeitung gehindert würden, die Judikative. Befürchtungen, eine Kompetenz der oder des Landesbeauftragten könnte die Aufgabenerfüllung gefährden, sind daher unbegründet.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass die Art.-29-Gruppe, der unabhängige Zusammenschluss der Datenschutzbehörden auf Ebene der EU, konkret zu der Erforderlichkeit einer gesetzlich verankerten Anordnungsbefugnis der Datenschutzaufsichtsbehörden bei der Umsetzung der JI-Richtlinie Folgendes ausführt:

„With regard to corrective powers, Art. 47 (2) only gives examples of what these powers could be, like the power to order the erasure or rectification of data or to impose limitations or bans on processing, and the crucial attribute of being ‚effective‘. In the view of the WP29, this attribute calls for binding powers of DPAs to warn, impose or order certain corrective actions and issue binding decisions against controllers. DPAs may not in general be limited to non-binding and non-enforceable acts like pure complaints or objections, in such cases the national implementation of the Directive must be considered as insufficient.“

(Opinion on some key issues of the Law Enforcement Directive, WP 258, EU 2016/680, adopted on 29 November 2017, S. 30)

Übersetzung:

Bezüglich der Abhilfebefugnisse nennt Art. 47 (2) lediglich Beispiele dafür, wie diese Befugnisse beschaffen sein könnten, so die Befugnis, die Löschung oder Berichtigung von Daten anzuordnen oder Einschränkungen oder Verbote der Verarbeitung zu verhängen, sowie das entscheidende Attribut, wirksam zu sein. Aus Sicht der Art. 29-Gruppe verlangt dieses Attribut verbindliche Befugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden, um bestimmte korrigierende Maßnahmen anzunehmen, zu verhängen oder anzuordnen und verbindliche Entscheidungen gegenüber Verantwortlichen zu erlassen. Die Datenschutzaufsichtsbehörden sollen grundsätzlich nicht beschränkt sein auf nicht-verbindliche und nicht-durchsetzbare Akte wie reine Beanstandungen oder Einwendungen, in derlei Fällen muss die nationale Umsetzung der Richtlinie als unzureichend betrachtet werden.“

(Stellungnahme zu einigen grundlegenden Fragestellungen der Richtlinie Justiz/Inneres, EU 2016/680, angenommen am 29. November 2017, S.30)

Art. 46 Abs. 1 a der JI-Richtlinie sieht vor, dass jeder Mitgliedstaat die Anwendung der nach dieser Richtlinie erlassenen Vorschriften sowie deren Durchführungsvorschriften überwacht

und durchsetzt. Eine Rechtsdurchsetzung ist aber ohne rechtsverbindliche Instrumente nicht möglich. „Weiche“ Befugnisse wie die Warnung oder die Beanstandung reichen hierzu nicht aus.

Danach sollte im Anwendungsbereich der JI-Richtlinie die bzw. der Landesbeauftragte über die Kompetenzen verfügen, die ihr bzw. ihm auch durch die DSGVO eingeräumt werden. Auf die anderenfalls bestehende Europarechtswidrigkeit hat bereits die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit im Innenausschuss des Deutschen Bundestages hingewiesen.

Auch ist zu beachten, dass in anderen Bundesländern eine Anordnungsbefugnis gesetzlich eingeräumt wird. So verleiht etwa der neue § 14 Abs. 3 des Hessischen Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetzes die Befugnis für den Hessischen Datenschutzbeauftragten, anzuordnen, Verarbeitungsvorgänge, gegebenenfalls auf bestimmte Weise oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums, mit datenschutzrechtlichen Vorschriften in Einklang zu bringen, personenbezogene Daten zu berichtigen, personenbezogene Daten in der Verarbeitung einzuschränken sowie personenbezogene Daten zu löschen (vgl. LT-Drs. 19/5728, S. 15).

II. Zu Artikel 2 (Errichtungsgesetz ULD)

1. Zu § 1 (Errichtung und Rechtsform)

Die bisherige Rechtsform für das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts soll beibehalten werden. Eine Ausgestaltung der Datenschutzaufsicht in Schleswig-Holstein als eine oberste Landesbehörde, wie sie in anderen Bundesländern in den letzten Jahren wie auch im Bund zur Umsetzung der völligen Unabhängigkeit praktiziert wurde, wäre demgegenüber vorzugswürdig (vgl. die Regelungen in Niedersachsen, Berlin, Hessen, Hamburg und im BDSG-neu). Das Modell einer völlig unabhängigen Kontrollstelle im Sinne von Artikel 52 der DSGVO ließe sich über eine oberste Landesbehörde rechtlich-institutionell am deutlichsten abbilden.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH schließt die Unabhängigkeit jede Anordnung und jede sonstige äußere Einflussnahme aus, so dass insbesondere weder eine Fach- noch eine Rechtsaufsicht durch übergeordnete Behörden besteht (vgl. nur EuGH C-614/10 Rdnr. 66). Ebenfalls ist eine zumindest unbeschränkte Dienstaufsicht mit der Unabhängigkeit nicht vereinbar.

Der Sache nach wird eine staatliche Aufsicht über das ULD nach § 1 Absatz 3 mit Blick auf die Bestimmungen in § 50, 51 und 52 des Landesverwaltungsgesetzes zwar ausgeschlossen. Dennoch werden die Rechtsvorschriften für die der Aufsicht des Landes unterstehenden rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts weiterhin für anwendbar erklärt.

Dies ist ein Widerspruch, da insoweit eine Regelung fingiert wird, die das Unabhängige Landesdatenschutzzentrum als Anstalt des öffentlichen Rechts scheinbar einer Aufsicht unterwirft, die dann aber gar nicht besteht. Diese Regelung ist erforderlich, weil „diverse Regelungen die auch weiterhin für das ULD Anwendung finden, u.a. in ihrem Geltungsbereich die Aufsicht des Landes voraussetzen, wie z.B. § 1 des Landesbeamtengesetzes oder § 2 Abs. 2 des Landesverwaltungsgesetzes“ (vgl. BT-Drucksache 17/1599 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Landesdatenschutzgesetzes vom 15.6.2011, Seite 6).

Damit aber steht die Eignung der Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts für eine völlig unabhängige Kontrollstelle erkennbar in Frage.

2. Artikel 2 - § 6 Abs. 1 Errichtungsgesetz ULD

§ 6 Abs. 1 Errichtungsgesetz ULD bestimmt, dass die bzw. der Landesbeauftragte in einem „öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis“ steht. Die Gesetzesbegründung hierzu führt lediglich aus, dass „anders als bisher ... die oder der Landesbeauftragte nicht mehr als Beamtin auf Zeit ernannt werden“ soll. Grund hierfür seien die unabhängigere Stellung und das Ausbleiben einer Schlechterstellung. § 9 enthält folgende „Übergangsregelung“: Danach gilt die oder der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes im Amt befindliche Landesbeauftragte als nach § 5 Abs. 2 Satz 1 ernannt. Die Amtszeit nach § 5 Abs. 1 S. 1 gilt als am 16. Juli 2015 begonnen.

Diese Neuregelung enthält eine rückwirkende Verschlechterung der Rechtsposition für die gegenwärtige Amtsinhaberin. Mit der Änderung in ein öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis in Abgrenzung zum Beamtenverhältnis auf Zeit entfällt der Schutz des Grundrechts aus Art. 33 Abs. 5 GG, wonach der Amtsinhaberin bislang die Berücksichtigung der Grundsätze des hergebrachten Berufsbeamtentums als grundrechtsgleiches Individualrecht garantiert war. Art. 33 Abs. 5 GG gibt dem Beamten insoweit ein grundrechtsähnliches Individualrecht, dessen Verletzung nach § 90 Abs.1 BVerfGG mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann. (vgl. BVerfGE_8,1; 11 BVerfGE 117, 330/344; 119, 247, 266). Hierzu zählen u.a. das Haftungsprivileg des Beamten, die amtsangemessene Besoldung und Versorgung, die Fürsorgepflicht des Dienstherrn und der Grundsatz der Gesetzesbindung der Besoldung und Versorgung.

Die sich aus Art.33 Abs. 5 GG ergebenden Grundsätze des hergebrachten Berufsbeamten-tums gelten grundsätzlich für jedes Beamtenverhältnis, für das Beamtenverhältnis auf Zeit, für das Beamtenverhältnis auf Probe und für das Beamtenverhältnis auf Widerruf, ebenso wie für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit. (vgl. BVerfGE 39,334, 391, 7, 155, 163f). Zwar werden die einzelnen Anspruchskomponenten der gesetzlichen Regelungen aus dem Beamtenverhältnis gem. § 6 Abs. 4 für die Amtsinhaberin bzw. künftigen Amtsinhaber auf das neue öffentliche Amtsverhältnis umgeleitet. Ohne über deren abschließenden Charakter zu befinden, bleibt festzuhalten, dass der Verlust des grundrechtsgleichen Individualrechts, der mit einem Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis eintritt, nicht durch eine einfach ge-setzliche Regelung kompensiert werden kann. Dies gilt insbesondere gegenüber künftigen Rechtsänderungen des Rechtsverhältnisses, vor allem unmittelbar durch gesetzliche Vor-schriften.

Hinsichtlich der gegenwärtigen Amtsinhaberin, die angesichts der Regelung in § 6 Abs. 1 Errichtungsgesetz ULD mit Inkrafttreten dieses Gesetzes aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit entlassen ist und künftig ihre Tätigkeit in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis wahrnehmen muss, greift die Regelung somit ganz konkret in eine in der Vergangenheit ge-schaffene individuelle Rechtsposition – die Übernahme in das Beamtenverhältnis bei der Ernennung – ein und beseitigt diese. Insoweit liegt neben einem Eingriff in Grundrechtsposi-tionen auch eine gesetzliche Rückwirkung vor, die eine erworbene Rechtsposition nachträg-lich entwertet. So konnte die Landesbeauftragte nach ihrer Ernennung in das Beamtenver-hältnis darauf vertrauen, eine gefestigte und unentziehbare Rechtsposition nach dem gelten-den Recht innezuhaben.

Das Bundesverfassungsgericht sieht es als mit dem Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich un-vereinbar an, wenn der Gesetzgeber abgeschlossene Rechtsbeziehungen nachträglich ver-änderten Bedingungen unterwirft (sog. echte Rückwirkung), während bei der Regelung eines Rechtsverhältnisses für die Zukunft (sog. unechte Rückwirkung) immerhin der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Gestalt von angemessenen Übergangsregelungen zu beachten sind (dazu vgl. nur BVerfGE 114, 258,300; BVerfGE 43, 242, 288). Mit Blick auf die derzeitige Wahlperiode ist eine unechte Rückwirkung gegeben, die gleichzeitig in das grundrechtsglei-che Recht aus Art. 33 Abs. 5 GG eingreift. Eine unechte Rückwirkung darf nach dem Grund-satz der Verhältnismäßigkeit insbesondere dann nicht angeordnet werden, wenn der Ge-setzgeber problemlos eine angemessene **Übergangsregelung** für die Amtsinhaberin schaf-fen kann. Dies ist in anderen Ländern in der Vergangenheit erfolgt (vgl. Artikel 7 Abs. 1 des Gesetzes zur weiteren Stärkung der Unabhängigkeit der beziehungsweise des Hamburgi-schen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit – Bürgerschafts-Drucksache

21/7240, so jedenfalls bisher; anders dagegen im Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Hamburgischen Datenschutzgesetzes, Bürgerschafts-Drucksache 21/11638, S. 7).

Zur Vermeidung verfassungsrechtlicher Bedenken sollte eine verfassungskonform ausgestaltete Übergangsregelung eingefügt werden.

3. Artikel 2 - § 7 Abs. 5 Errichtungsgesetz ULD

§ 7 Abs. 6 Errichtungsgesetz ULD bestimmt, dass die bzw. der Landesbeauftragte für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung ihres bzw. seines Amtsverhältnisses von allen mit den Aufgaben ihres bzw. seines früheren Amtes nicht zu vereinbarenden Handlungen und entgeltlichen Tätigkeiten absieht. Zur Begründung wird auf einen Vergleich mit den Regelungen in § 79 LBG und § 41 BeamtStG sowie in § 8a Landesministergesetz abgestellt.

Diese Regelung führt ein zeitlich beschränktes Verbot der Tätigkeit nach Beendigung des Amtsverhältnisses ein, das in nicht unerheblicher Weise in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreift. Die Amtsträgerin bzw. der Amtsträger darf danach für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung der Amtszeit mit den Aufgaben ihres oder seines früheren Amtes nicht zu vereinbarenden Handlungen und entgeltlichen Tätigkeiten nicht nachgehen.

Leider bleibt inhaltlich völlig unklar, welche Tätigkeiten und Handlungen mit dem früheren Amt unvereinbar sein sollen und daher künftig nach Amtsausscheiden nicht ausgeübt werden dürfen. Für eine Norm, die auf Ebene der Berufswahlfreiheit in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreift, gelten jedoch hohe rechtliche Hürden. Sie muss bestimmt und vorhersehbar den Bereich der künftig unzulässigen beruflichen Betätigung abgrenzen und am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichtet sein. Hier bedarf es hinsichtlich der zu untersagenden Tätigkeit einer hohen Erheblichkeitsschwelle durch die drohende Beeinträchtigung hochrangiger öffentlicher Belange.

Die Gesetzesbegründung führt insoweit aus, dass eine eventuelle „Vermittlerrolle“ der oder des Landesbeauftragten gerade mit einer besonderen Sensibilität bei Datenverarbeitungsprozessen in einem neuen beruflichen Tätigkeitsfeld dazu führen kann, dass ein Wechsel nicht problematisch ist. Dann aber wird festgestellt, dass eine Beeinflussbarkeit durch einen in Aussicht stehenden Arbeitswechsel nicht fern liege und dass auch die **Gefahr einer Entscheidung zugunsten des neuen Arbeitgebers statt für eine Verbesserung des Datenschutzes** bestehe (LT-Drucks. 19/429, S. 168).

Es bleibt bei dieser Regelung völlig offen, ob hier nur die Arbeit für künftige Arbeitgeber unter der Aufsicht der bzw. des nachfolgenden Amtsinhaberin bzw. Amtsinhabers umfasst sind oder "im Einzelfall" ein Problem auch schon darin bestehen kann, dass Entscheidungen „im Allgemein[en] jedenfalls schon dem Anschein nach unredlich wirken.“ Letzteres würde zu einem **beruflichen Tätigkeitsverbot** in Gänze für die Zeit von zwei Jahren führen. Ferner bleibt fraglich, welche öffentlichen Belange von dieser Norm geschützt werden sollen.

Anhand der Formulierung im Gesetzestext erkennen zu können, welche Tätigkeiten auch während der Karenzzeit zulässig sein sollen und welche nicht, ist nicht ansatzweise bestimmt möglich. Hier bedarf es einer deutlich differenzierteren Regelung, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend zulässige von unzulässigen Betätigungen zumindest grundsätzlich abgrenzbar macht.

Im Vergleich mit der entsprechenden Karenzregelung bei Ministern besteht darüber hinaus eine Schlechterstellung darin, dass das Landesministergesetz die Beschränkung einer Tätigkeit nach Beendigung des Amtsverhältnisses an die Zahlung eines Übergangsgeldes knüpft; eine solche Verknüpfung fehlt vorliegend. Soweit auch das Beamtenrecht vorsieht, dass Ruhestandsbeamte die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder sonstigen Beschäftigung außerhalb des öffentlichen Dienstes anzuzeigen haben, die mit der früheren dienstlichen Tätigkeit im Zusammenhang steht und durch die dienstliche Interessen beeinträchtigt werden können, sind die Kriterien für diese beamtenrechtlichen Pflichten durch die ständige Rechtsprechung konkretisiert, was insoweit zu wesentlich rechtssichereren Strukturen führt. Dabei kann die Erwerbstätigkeit nur dann untersagt werden, wenn diese in Zusammenhang mit dem früheren Amt steht und nachteilige Rückschlüsse auf die frühere Amtsführung zulässt. Hier sind zwei Fallkonstellationen maßgebend: Zum einen darf die Erwerbstätigkeit nicht den Eindruck erwecken, der Ruhestandsbeamte beachte eine im Ruhestand bestehende Dienstpflicht, etwa die der Amtsverschwiegenheitspflicht nicht. Zum anderen darf die Erwerbstätigkeit nicht den Anschein erwecken, der Ruhestandsbeamte habe während seiner aktiven Zeit die Pflicht zur neutralen Amtsführung zurückgestellt, um sich später die Möglichkeit einer Erwerbstätigkeit zu sichern (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juni 2014, - 2 C 23.2013, BVerwGE 150, 153ff).

Insgesamt bedarf es somit einer Anpassung der Vorschrift in § 7 Abs. 6 Errichtungsgesetz ULD, damit eine verfassungskonforme und verhältnismäßige Regelung zu Tätigkeiten nach Beendigung des Amtsverhältnisses bestehen.

Fazit:

Die Regelungen des Gesetzentwurfs weisen Defizite hinsichtlich der Kompetenz der unabhängigen Kontrollstelle für den Datenschutz zur wirksamen und unabhängigen Geltendma-

chung von Abhilfebefugnissen gegenüber öffentlichen verantwortlichen Stellen auf. Dies gilt sowohl für die Befugnisse auf Grundlage der DSGVO als auch im Rahmen der Umsetzung der JI-Richtlinie.

Zum anderen wird der Status der oder Landesbeauftragten mit neuen Verpflichtungen bzw. Beschränkungen der Rechte der Amtsinhaberin bzw. des Amtsinhabers versehen, die zum Teil mit Verfassungsrecht nicht vereinbar sind. In der Gesamtschau (Karenzzeitregelung, Verlust des Beamtenstatus, Beschränkung auf einmalige Wiederwahl bei einer Amtsperiode von 5 Jahren) dürfte das Amt der bzw. des Landesbeauftragten zudem insgesamt an Attraktivität verlieren. Dies erscheint gerade vor dem Hintergrund einer Aufwertung der Verantwortung und der Befugnisse der unabhängigen Kontrollstelle durch die DSGVO als fragwürdig. Es sollte daher eine gesetzliche Anpassung vorgenommen werden, die der gewachsenen Bedeutung und Struktur des Amtes auch in einer positiven Weise Rechnung trägt.