

**Die Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung
auf die Aufgaben, die Stellung und den Personalbestand
der Landesbeauftragten für den Datenschutz
und für das Recht auf Akteneinsicht**

Gutachten im Auftrag der Präsidentin des Landtages Brandenburg

erstattet von
Prof. (em.) Dr. Hans Peter Bull
Bundesbeauftragter für den Datenschutz a.D.
Landesminister a.D.

Hamburg, im August 2016

Gliederung

	Seite
I. Anlass und Themen des Gutachtens	6
1. Die Personalforderungen der LDA	6
2. Die Gutachtenfragen	6
II. Ausgangslage und grundsätzliche Vorfragen	8
1. Die gesetzliche Aufgabenzuweisung an die Landesbeauftragte nach den Bestimmungen des Bundes- und Landesrechts	8
2. Die Tätigkeitsschwerpunkte der LDA	9
a) Überblick	9
b) Datenschutzrechtliche Prüfungen	10
c) Gremien- und Projektarbeit	12
d) Beratung von Unternehmen und Behörden	12
e) Tätigkeitsberichte	13
3. Allgemeine Bewertung: Grundrechtsschutz in der Datenschutzpraxis	14
a) Ergebnisse der Aufsichtstätigkeit	14
b) Behörden für Rechtspolitik	15
c) Verordnete Einseitigkeit	15
d) Auslegungsmonopol der Aufsichtsbehörden?	16
4. Erweiterungen des Aufgabenkatalogs durch die Europäische Datenschutz-Grundverordnung	17
a) Die wesentlichen Aufgabenbestimmungen	18
b) Ausdrücklich vorgeschriebene Tätigkeiten zur Erfüllung der datenschutzrechtlichen Grundaufgaben	19
c) Zusammenfassung der zusätzlichen Pflichten	20
d) Die Bedeutung des Vereinheitlichungsgebots	21
e) Die Formalisierung der Folgenabschätzung	24
f) Datenschutzfreundliche Technikgestaltung und Voreinstellungen	26
g) Materielle Einschränkungen der Datenverarbeitung?	26
5. Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde als Leitlinie der Haushaltsaufstellung	27
a) Die Rechtslage nach der DSGVO und der EuGH-Rechtsprechung	27
b) Konsequenzen für die Haushaltsentscheidung des Parlaments	28

III. Das Personalkonzept der LDA zur Umsetzung der EU-Datenschutz-Grundverordnung im Einzelnen	31
1. Die aktuelle Personalausstattung der Behörde im Vergleich mit anderen Datenschutz-Aufsichtsbehörden	31
a) Die tatsächliche Ausstattung der LDA	31
b) Die Ausstattung der Datenschutz-Aufsichtsbehörden im bundesweiten Vergleich	31
c) Die Forderungen nach Personalverstärkung	35
2. Die Begründung der Personalforderungen im Einzelnen	37
a) „Datenschutzfreundliche Auslegung der DSGVO“	37
aa) Ist Auslegung eine neue Aufgabe?	38
bb) Das Ausmaß des Auslegungsbedarfs	39
b) „Erfüllung der gesetzlichen Beratungspflicht“	40
c) Datenschutz-Folgeabschätzung, Privacy by Design, Privacy by Default	42
d) Justizariat und Sanktionsstelle	42
e)/f) Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden (One-Stop-Shop), Kohärenzverfahren und Beteiligung am Europäischen Datenschutzausschuss	44
g) Gegenseitige Amtshilfe der Aufsichtsbehörden	45
h) Öffentlichkeitsarbeit und Medienbildung	45
i) Unternehmensinterne Datenschutzvorschriften	46
j) Fremdsprachensekretärin	46
k) IT-Systemadministrator	46
3. Umfang des Personalbedarfs	47
a) Personalbemessungsfaktoren, insbes. Geschäftsanfall und Bearbeitungsquoten im bundesweiten Vergleich	47
aa) Allgemeine Grundsätze	47
bb) Vergleich zwischen den Landesdatenschutzbehörden	48
cc) Der Arbeitsanfall bei der Bundesbeauftragten	49
b) Der Zusatzbedarf insgesamt	50
aa) Überblick	50
bb) Beratung im weiteren Sinne	50
cc) Überregionale Kooperation, Koordination sowie Öffentlichkeitsarbeit	51
dd) Sanktionen und Anordnungen, interne Strukturverbesserung	51
ee) Fazit	52

4. Zu erwägende personalwirtschaftliche und organisatorische Maßnahmen	53
a) Personalwirtschaftliche Maßnahmen	53
b) Koordinierung mit anderen Stellen; Standard-Datenschutzmodell	53
c) Verbesserung der internen Aufgabenverteilung	53
aa) Die gegenwärtige Organisation der Dienststelle	53
bb) Bewertung dieser Organisation	54
cc) Notwendigkeit eines Justizariats	55
dd) Eigenes Referat für Öffentlichkeitsarbeit?	56
ee) Ausbau des Bereichs „Verwaltung“ zu einem Service- und Dienstleistungsbereich für die Dienststelle	56
5. Angemessene Schwerpunktbildung	56
IV. Angemessene Einstufung der Stellen	59
1. Der rechtliche Rahmen	59
2. Die bestehende Stellenstruktur	60
3. Die Bewertung der geforderten neuen Stellen	60
4. Die Forderungen nach Höherstufung	62
a) Leitung der Dienststelle	62
b) Vertretung der LDA	63
c) Hebung einer Bereichsleiterstelle	64
d) Weitere Stellenhebungen	64
V. Wahrung der vollständigen Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht durch Umwandlung der LDA in eine oberste Landesbehörde?	65
1. Die Unabhängigkeit der LDA nach geltendem Recht	65
2. Das Urteil des EuGH vom 9. März 2010 und die Vorgaben der DSGVO	66
3. Gründe für und gegen die Einrichtung der LDA als oberste Landesbehörde	68
4. Aufwand für die Errichtung einer obersten Landesbehörde	69
5. Verfahrensänderungen	70

VI. Ergebnisse	71
1. Beantwortung der Gutachtenfragen	71
2. Die Personalforderungen der LDA im Einzelnen	73
3. Die beantragten Stellenhebungen	74

I. Anlass und Themen des Gutachtens

1. Die Personalforderungen der Landesbeauftragten

Die Landesbeauftragte für den Datenschutz und für das Recht auf Akteneinsicht Brandenburg (LDA) hat in einem „Personalkonzept zur Umsetzung der neuen EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)“ vom 26. Februar 2016 erklärt, aus der DSGVO ergäben sich zusätzliche Aufgaben für die Datenschutzaufsichtsbehörden. Bereits in der zweijährigen Vorbereitungsphase müsse neben den bisherigen Aufgaben der LDA „die Ausgestaltung und Auslegung der DSGVO durch fach- und sprachkundige Beschäftigte aktiv begleitet werden“. Insbesondere sei in dieser Zeit „mit einem enorm steigenden Beratungsbedarf von Unternehmen und Behörden zu rechnen“. In ihrem Konzeptpapier fasst die LDA die „wesentlichen“ neuen Aufgaben zusammen, die aus der DSGVO folgten, und errechnet einen Mehrbedarf an Personal von insgesamt 15 Stellen (2017: 8 Stellen, 2018: 7 Stellen). Für fünf Planstellen/Stellen beantragt sie Höhergruppierungen bzw. Höherstufungen. Außerdem fordert sie, ihre Behörde in eine oberste Landesbehörde umzuwandeln. „Unumgänglich“ sei auch eine „Umstrukturierung der LDA“ (u.a. Anpassung der Besoldungsstruktur der Leitungsebene, Erweiterung des Bereichs Verwaltung um „Zentrale Aufgaben“ und Stellenhebungen).

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder hat am 25. Mai 2016 eine Entschließung verabschiedet, in der zur Umsetzung des neuen EU-Rechts „erweiterte personelle und finanzielle Ressourcen“ gefordert werden.

Die LDA hat zu dem Entwurf dieses Gutachtens „Anmerkungen“ mit ergänzenden Aussagen zu ihrem Personalkonzept und mit zusätzlichen Erläuterungen zur DSGVO übermittelt.¹ Diese Stellungnahme ist im Folgenden verarbeitet.

2. Die Gutachtenfragen

Vor diesem Hintergrund soll das Gutachten die folgenden Fragen behandeln:

(1) Begründet die Europäische Datenschutz-Grundverordnung neue Aufgaben für die LDA oder einen verstärkten Aufgabenanfall auf den schon bisher der LDA obliegenden Bereichen? Welche konkreten Auswirkungen hat dies im Land Brandenburg? Entfallen bisherige Aufgaben? Kommen evtl. alternativ andere personalwirtschaftliche Maßnahmen in Betracht, um die Umstellung auf die DSGVO als maßgeblicher Rechtsgrundlage zu bewältigen?

(2) Welche Personalausstattung der LDA ist notwendig, um deren gesetzliche Aufgaben angemessen zu erfüllen? Welche Aufgaben sind auf der Grundlage der DSGVO zwingend zu erfüllen, welche fakultativ?

(3) Sind die der LDA zugewiesenen Stellen angemessen eingestuft?

¹ Schreiben vom 16. August 2016.

(4) Bestehen Alternativen zum zusätzlichen Stellenaufbau z.B. durch organisatorische Maßnahmen, andere Personalmaßnahmen wie z.B. Abordnungen, Vereinheitlichung und/oder Koordinierung der Kontroll- und Beratungstätigkeit in Zusammenarbeit mit anderen Datenschutzbeauftragten bzw. Datenschutz-Aufsichtsbehörden oder durch Konzentration auf vorrangige Aufgaben?

(5) Erfordert die DSGVO zur Gewährleistung der völligen Unabhängigkeit eine Veränderung hinsichtlich der Organisation der Dienststelle der LDA als einer dem Landtag zugeordneten Behörde? Falls ja, welche Alternativen bestehen für eine DSGVO-konforme Umwandlung der Behörde? Welche haushaltsmäßigen Konsequenzen hätte diese Neuorganisation?

Zur Beantwortung dieser Fragen werden zunächst die Beschreibung der gegenwärtigen Ausgangslage und die Klärung wesentlicher Vorfragen unternommen (s. u. II.). Anschließend werden zu den Gutachtenfragen (1) bis (4) zuerst die Einzelheiten des von der LDA vorgelegten Personalkonzepts behandelt (III. 1.-3.). Die in Frage (5) angesprochenen alternativen Organisationsformen werden in dem folgenden Teil (III. 4. und 5.) untersucht. Sodann folgt die Frage der Stelleneinstufung (IV.), und es wird geprüft, ob zur Wahrung der Unabhängigkeit der LDA die Organisation der Dienststelle als eine oberste Landesbehörde geboten ist (V.). Die Ergebnisse sind am Schluss zusammengefasst (VI.).

II. Ausgangslage und grundsätzliche Vorfragen

1. Die gesetzliche Aufgabenzuweisung an die Landesbeauftragte nach den Bestimmungen des Bundes- und Landesrechts

Die Landesbeauftragte für den Datenschutz und für das Recht auf Akteneinsicht (LDA) hat nach § 23 des Brandenburgischen Datenschutzgesetzes (BbgDSG) drei Aufgabenbereiche, die ohne besonderen Anstoß von anderer Seite wahrzunehmen sind, nämlich

1. die **Kontrolle** der Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz sowie der Einhaltung des Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetzes gemäß § 11 Absatz 2 des Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetzes bei den Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen soweit nach § 2 der Anwendungsbereich dieses Gesetzes eröffnet ist oder sich Daten verarbeitende Stellen gemäß § 11 Absatz 1 Satz 3 der Kontrolle unterworfen haben (§ 23 Abs. 1 BbgDSG),
2. die datenschutzrechtliche **Aufsicht** über die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen nach § 38 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) (§ 23 Abs. 1a BbgDSG) sowie
3. die Abgabe von **Empfehlungen** zur Verbesserung des Datenschutzes, insbesondere die **Beratung** der Landesregierung und einzelner Minister, der Gemeinden und Gemeindeverbände in Fragen des Datenschutzes (§ 23 Abs. 2 BbgDSG).

Die zuletzt genannte Aufgabe der Empfehlung und Beratung ist im Gegensatz zu den beiden erstgenannten nicht obligatorisch, sondern fakultativ (Die „Landesbeauftragte ... kann ...“, hat also ein Ermessen bei der Entscheidung, ob sie initiativ auf erkannte Probleme eingehen will). Zur Beratung verpflichtet ist die LDA, wenn sich ein behördlicher Datenschutzbeauftragter nach § 7a Abs. 3 Satz 4 oder § 10a Abs. 3 Satz 2 BbgDSG an sie wendet. Nach § 4g Abs. 1 Satz 2 und 3 BDSG kann auch ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter die Beratung durch die LDA in Anspruch nehmen; d.h. auch insofern ist die LDA zum Tätigwerden verpflichtet.

Zu den regelmäßig zu erfüllenden Aufgaben kommen von Fall zu Fall besondere Aufträge („**Ersuchen**“) hinzu. Danach können der Landtag, der Petitionsausschuss, der Ausschuss für Inneres und die Landesregierung die Landesbeauftragte dazu verpflichten, „Hinweisen auf Angelegenheiten und Vorgänge“ nachzugehen, die ihren „Aufgabenbereich unmittelbar betreffen“ (§ 23 Abs. 3 BbgDSG). Einzelfälle sind auch dann zu bearbeiten, wenn sich Betroffene gemäß § 21 des Gesetzes an die LDA wenden. Auch hier ist die Rede davon, dass die Beauftragte „Hinweisen nachgehen“ muss. Außerdem können der Landtag und die Landesregierung die LDA „mit der Erstattung von **Gutachten und Stellungnahmen** oder der Durchführung von **Untersuchungen** in Datenschutzfragen betrauen“ (§ 23 Abs. 4 BbgDSG).

Diese Ermächtigungen an verschiedene Staatsorgane können die Arbeitsbelastung der LDA beeinflussen. Sie betreffen möglicherweise Umfang und Intensität der von der Behörde der LDA zu leistenden Arbeit, bedeuten aber nicht, dass außer den drei oben genannten Bereichen weitere Aufgaben hinzukommen. Beim Aufgreifen von

Hinweisen des Landtags und seiner Ausschüsse oder der Landesregierung handelt es sich um datenschutzrechtliche Kontrolle bzw. Aufsicht oder um Beratung mit dem Ziel der Verbesserung des Datenschutzes. Die zu bearbeitenden Angelegenheiten und Vorgänge müssen den (zuvor beschriebenen) Aufgabenbereich der LDA „unmittelbar betreffen“. Gutachten- und Untersuchungsaufträge beziehen sich auf „Datenschutzfragen“; dieser Rahmen entspricht also der Formulierung „Fragen des Datenschutzes“ in der Aufgabenbestimmung des § 23 Abs. 2 BbgDSG. Die Tätigkeit auf Bürgerbeschwerden hin fällt entweder unter die Aufgabe, Behörden zu kontrollieren, oder unter die Datenschutzaufsicht über nicht-öffentliche Stellen; gelegentlich mag hier außerdem auch eine Beratung einer datenverarbeitenden Stelle oder Behörde notwendig werden, also ein Anwendungsfall der Empfehlungskompetenz vorliegen (oben (3), § 23 Abs. 2 BbgDSG).

In den folgenden Absätzen 5-8 des § 23 BbgDSG sind ebenfalls keine weiteren Aufgaben angeführt, sondern die zur Erfüllung der Aufgaben notwendigen **Befugnisse** und **Zuständigkeiten** der LDA. Die Teilnahme an Landtags- und Ausschusssitzungen (Abs. 5), die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten (Abs. 6), die Zusammenarbeit mit den anderen Stellen, die für die Datenschutzkontrolle und die Datenschutzaufsicht zuständig sind, und die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten sowie die Hilfeleistung nach dem Datenschutz-Übereinkommen von 1981 (Abs. 8) fallen sämtlich in den Rahmen der Kontroll- und Aufsichtstätigkeit. In § 23 Abs. 7 Satz 2 ist auch eine Ermächtigung zur **Amtshilfe** für andere Datenschutz-Kontroll- und -Aufsichtsbehörden enthalten; sie gehört zu dem üblichen Aufgabenumfang von Verwaltungsbehörden nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen (VwVfG [Bund] §§ 4 ff. i.V.m. § 1 Abs. 1 S.1 VwVfGBbg) und beruht regelmäßig auf Gegenseitigkeit, also einer Entlastung der ersuchten Stelle bei Vorgängen mit Bezügen außerhalb des eigenen Landes.

Für die in § 23 Abs. 1 BbgDSG erwähnten Aufgaben auf dem Gebiet der Informationsfreiheit erhebt die LDA keine Personalforderungen. Sie brauchen daher hier nicht näher erörtert zu werden.

2. Die Tätigkeitsschwerpunkte der LDA

a) Überblick

Die Dienststelle der LDA verzeichnet jährlich knapp 1000 Verwaltungsvorgänge. Bis zum Jahr 2009 waren es jährlich um die 700 Vorgänge; im Jahr 2011 wurde mit 1006 Vorgängen die bisher höchste Zahl erreicht. In diesen Zahlen sind Sammelvorgänge enthalten, in denen bis zu 400 gleichartige Beschwerden zu demselben Unternehmen oder derselben Behörde zusammengefasst wurden, aber auch Abgaben an andere Datenschutzbehörden. Ferner sind auch umfangreiche Vorgänge zu groß angelegten Umfragen unter Daten verarbeitenden Stellen und die Begleitung längerfristige Projekte in jeweils nur einem Verwaltungsvorgang dokumentiert. Über kurze telefonische Beratungen und Auskünfte werden keine Verwaltungsvorgänge angelegt; hier handelt es sich nach einer groben Schätzung um monatlich über 450 Telefongespräche der Referenten und Sachbearbeiter. In der Übersicht nicht mitgezählt sind „Beobachtungsvorgänge“ und Presseanfragen.

b) Datenschutzrechtliche Prüfungen

Datenschutzrechtliche **Prüfungen** (jeweils mindestens einen Tag lang, bei komplexeren Fällen mehrere Tage, Vier-Augen-Prinzip) fanden seit 2013 u.a. wie folgt statt:²

- Jobcenter in den optierenden Kommunen im Land Brandenburg
- Landesamt für Soziales und Versorgung – Außenstelle Frankfurt/Oder
- ein Inkassobüro in Potsdam
- Personaldatenverarbeitung in drei Kreisverwaltungen bzw. kreisfreien Städten
- technisch-organisatorische Prüfung am Landgericht Frankfurt/Oder
- allgemeine Prüfung der Datenverarbeitung in drei Landkreisen bzw. kreisfreien Städten und in weiteren fünf größeren Städten bzw. Amtsverwaltungen
- Prüfung der Anti-Terror-Datei und der Rechtsextremismusdatei beim Verfassungsschutz
- Prüfung der Falldatei Rauschgift
- technisch-organisatorische Prüfung der gemeinsamen TKÜ-Anlage von Berlin und Brandenburg
- Kontrolle des Kennzeichenerfassungssystems der Polizei Brandenburg
- Einsatz von Google Analytics auf Webseiten von Kommunen
- Videoüberwachung in drei Schwimm- bzw. Spaßbädern
- Videoüberwachung im Amazon Logistikzentrum Brieselang
- „diverse“ Vor-Ort-Termine zur Prüfung der Videoüberwachung durch Private
- Datenverarbeitung in drei Callcentern.

Die Gesamtzahl dieser „wesentlichen“ Prüfungen in den knapp dreieinhalb Jahren seit 2013 beträgt etwa 40; das bedeutet einen Jahresdurchschnitt von 12 Prüfungen.

Ein Teil der Prüfungen betraf technisch-organisatorische Fragen, nämlich die Sicherung von Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit, Authentizität, Revisionsfähigkeit und Transparenz der Datenverarbeitung³ (also Einhaltung der Schutzziele gemäß § 10 Abs. 2 BbgDSG, d.h. Datensicherung i.w.S.). Ausweislich der Tätigkeitsberichte und einer besonderen Veröffentlichung⁴ der LDA lag hier ein Schwerpunkt der gesamten Tätigkeit der Dienststelle. Die Ergebnisse dieser Prüfungen sind nach dem Tätigkeitsbericht der LDA „in der Regel nicht zufriedenstellend“.⁵ Gemeint sind damit Mängel bei der Absicherung von Räumen,⁶ vor allem aber das häufige Fehlen vorgeschriebener Dokumente wie Dienstanweisungen und Dienstvereinbarungen, Verfahrensverzeichnisse und verfahrensspezifische Sicherheits- und Berechtigungskonzepte.⁷

Datenschutzrechtlich-inhaltliche Fragen sind bei einzelnen Ämtern bzw. Funktionsbereichen verschiedener Kommunen (Personaldaten- und Sozialdatenverarbeitung) und bei der Außenstelle eines Landesamtes geprüft worden; eine „allgemeine Prüfung der Datenverarbeitung“ ist, wie oben vermerkt, für drei

² Zusammenstellung der LDA vom 16.6.2016.

³ Vgl.: Technische und organisatorische Aspekte des Datenschutzes, hrsg. von der LDA, 4. Auflage Kleinmachnow 2010, S. 18 („Schutzziele technischer und organisatorischer Maßnahmen“).

⁴ Vgl. die in der vorigen Fn. genannte Schrift, die eindrucksvoll die Vielzahl der zu diesem Fragenkomplex verarbeiteten Themen dokumentiert.

⁵ 18. Tätigkeitsbericht (TB) der LDA 2014/2015, S. 26.

⁶ Ebd. S. 27.

⁷ Ebd. S. 26 und 29 f.

Landkreise bzw. kreisfreie Städte und fünf größere Städte bzw. Amtsverwaltungen angegeben. Im nicht-öffentlichen Bereich sind u.a. ein Inkassobüro, das Unternehmen HXT, der Verkehrsbetrieb Brandenburg an der Havel sowie ein Inkassobüro, eine Wohnungsbaugenossenschaft, drei Bäder, drei Callcenter und das Amazon Logistikzentrum Brieselang geprüft worden. Im öffentlichen (Landtag) wie nicht-öffentlichen Bereich wurden Einrichtungen zur Videoüberwachung untersucht.

Die Ergebnisse dieser Prüfungen sind in den Tätigkeitsberichten bei den jeweiligen Sachgebieten wiedergegeben. Der Gesamteindruck ist, dass die Kontrolle zwar vielfach technisch-organisatorische Mängel (also unzureichende Beachtung der genannten „Schutzziele“) aufgedeckt hat, aber nur in wenigen Fällen zu kritischen Feststellungen in Bezug auf die materielle Zulässigkeit der Daten- bzw. Informationsverarbeitung geführt hat. Die geprüften Stellen haben sich insofern zum allergrößten Teil gesetzeskonform verhalten und keinen Anlass zu der Sorge gegeben, sie könnten missbräuchlich mit den Daten der Betroffenen umgehen. Beispielhaft sei zitiert, dass die Prüfungen bei Kommunen, die im Berichtszeitraum 2012/2013 durchgeführt wurden, einen „Fortschritt bei der Berücksichtigung des Datenschutzes“ gezeigt haben.⁸ Die Anforderungen des BbgDSG würden – von einzelnen Verwaltungen abgesehen – „nun meist konsequenter beachtet“. Bei der Prüfung von Maßnahmen der Quellen-Telekommunikations-Überwachung bei einer Staatsanwaltschaft wurde zwar über die Rechtslage gestritten – die LDA ist der Ansicht, dass die Quellen-TKÜ nicht auf die Rechtsgrundlage für „herkömmliche Telefonüberwachungen“ gestützt werden kann –, aber es wurden keine Anhaltspunkte für eine danach rechtswidrige Datenerhebung außerhalb der laufenden Telekommunikation festgestellt; es seien aber auch Gesprächspassagen aufgezeichnet worden, die den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen.⁹ Eine andere umstrittene Praxis, die von der LDA überprüft wurde, ist die polizeiliche Kennzeichenerfassung in Brandenburg; auch hier vertritt die LDA eine andere Rechtsmeinung als die Polizei, die noch nicht abgeschlossene Kontrolle hat aber keine Hinweise auf Datenschutzverletzungen ergeben.¹⁰

Einen „Brennpunkt“ ihrer Tätigkeit nennt die LDA eine Prüfung des Abrufs von Steuerdaten. Diese Prüfung hat allerdings die Innenrevision des Finanzministeriums durchgeführt. Das Ministerium wollte damit unbefugte Zugriffe auf die Steuerdaten durch Mitarbeiter der Finanzämter aufdecken und diese für den Umgang mit vertraulichen Daten sensibilisieren. Die Namen der Beschäftigten wurden mit den Identifikationsdaten der Steuerpflichtigen verglichen, um sodann durch Eingabe von Suchkriterien (Auffälligkeiten) wie Namensgleichheit etwaige Verdachtsfälle herauszufinden und anschließend weiter aufzuklären. Die LDA hat jedoch beanstandet, dass das Ministerium eine vollständige Kontrolle angeordnet hat. Es habe kein Anlass dazu bestanden, alle Bediensteten der Finanzämter zu überprüfen; ein „Generalverdacht“ sei nicht gerechtfertigt gewesen.¹¹ Im Ergebnis wertet die LDA also den Schutz der Beschäftigten vor übermäßiger Kontrolle durch die Vorgesetzten als höherrangig gegenüber der Absicht des Ministeriums, unbefugte Steuerdatenabrufe aufzudecken – ein überraschendes Ergebnis, das jedenfalls nicht unter dem Titel „Schutz der Steuerdaten“ verzeichnet werden kann.

⁸ 17. TB der LDA, S. 95 f. Dort auch das folgende Zitat.

⁹ 17. TB 2012/2013, S. 106; zur Fortsetzung dieser Prüfung s. 18. TB 2014/2015, S. 124 ff. (Feststellung technisch-organisatorischer Mängel).

¹⁰ 18. TB 2014/2015, S. 122 ff. (124).

¹¹ 17. TB 2012/2013, S. 15 ff.

Welche Mängel bei den Prüfungen im nicht-öffentlichen Bereich festgestellt wurden, ist in den Tätigkeitsberichten nicht zusammengestellt, sondern auf verschiedene Einzelthemen verteilt. Dass etwa Callcenter oder Inkassobüros die Rechte der Betroffenen missachtet hätten, ist nicht erkennbar. Nur bei Videoüberwachungen wird ein hohes Maß an Rechtsverstößen konstatiert („bei nahezu jeder Überprüfung“).¹²

c) Gremien- und Projektarbeit

Die LDA weist darauf hin, dass die Gremienarbeit auf verschiedenen Ebenen und die Mitwirkung in Projekten einen großen Teil der Geschäftstätigkeit ihrer Dienststelle ausmachen. Zu den **Gremien**, in denen Mitarbeiter der LDA mitwirken, gehören z.B.

- Ausschuss der IT-Beauftragten der Ressorts (RIO-Ausschuss)
- Informationssicherheitsmanagementteam der Landesverwaltung
- Arbeitsgruppe Sicherheitsinformationssystem der Landesverwaltung
- Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Datenschutzbeauftragten in Brandenburg
- Arbeitsgruppe der Datenschutzbeauftragten der kommunalen Jobcenter
- Arbeitskreis Verbraucherbildung bei Kindern und Jugendlichen des Landes.

Über die Gremienarbeit hinaus beteilige sich die LDA häufig – teils auf Bitten der Verantwortlichen, teils aus eigener Initiative – **beratend an Projekten und Verfahrenseinführungen**.¹³ Als Beispiele werden u.a. genannt:

- Projekt Schwerbehindertenausweis online
- Aufbau des klinischen Krebsregisters Berlin-Brandenburg
- diverse Modellvorhaben der AOK Nordost (digitale Prämienprogramme, Fitness Apps, Wearables ...)
- Konsolidierungsprojekt des ZIT-BB
- Projekt SKEIBB – Standardisiertes Einsatzleitsystem der Regionalleitstellen des Landes
- Gemeinsame TKÜ-Anlage der Länder Berlin und Brandenburg
- Polizeiliche Vorgangsbearbeitung ComVor und Auskunftssystem POLAS
- Projekt weBBschule – einheitliche Schulverwaltungssoftware für das Land Brandenburg
- Baugenehmigungsverfahren ProBauG
- Videoüberwachung Landtag Brandenburg
- Projekt Liquid Feedback – online Abstimmungen in einer Partei.

Einige der Stellen bzw. Verfahren, die in dem Zeitraum seit 2013 geprüft wurden, tauchen auch in der Übersicht über die Beteiligungsfälle auf (so die gemeinsame TKÜ-Anlage von Berlin und Brandenburg und die Videoüberwachung beim Landtag). In diesen Fällen sind Prüfung und Beratung offenbar sinnvoll miteinander verknüpft worden.

d) Beratung von Unternehmen und Behörden

¹² Anmerkungen der LDA vom 16.8. (s. oben Fn. 1), S. 6.

¹³ Auch hierzu hat die LDA ein Übersichtspapier angefertigt.

Für besonders wichtig hält die LDA selbst die Beratungstätigkeit ihrer Behörde. Sie erklärt,¹⁴ es sei schon immer die „Philosophie“ ihrer Dienststelle gewesen, möglichst viele potentielle Probleme „im Vorfeld abzuräumen“. Daher gelte der „**Primat der Beratung**“. Man wolle möglichst „proaktiv“ arbeiten, damit Rechtsverstöße von vornherein verhindert werden. Die LDA befindet sich insoweit in Übereinstimmung mit anderen Landesdatenschutzbeauftragten, die ebenfalls ihren Aufgabenschwerpunkt in der Beratung und Unterstützung sehen.¹⁵

Die Behörden und Unternehmen ihres Zuständigkeitsbereichs machten von dem Beratungsangebot der LDA in einem Ausmaß Gebrauch, dass die Mitarbeiter an die Grenzen ihrer Belastbarkeit stießen. Die Beratung finde insbesondere in den Kontakten mit den Unternehmen im Lande statt, die durch das Wirtschaftsministerium und die Industrie- und Handelskammern vermittelt würden. Auf diesem Wege könnten insbesondere die kleinen und mittleren Unternehmen über die Anforderungen des Datenschutzes informiert werden. Durch die DSGVO werde wiederum erheblicher Beratungsbedarf entstehen.

e) Tätigkeitsberichte

Als Tätigkeit der Dienststelle ist auch die **Erstellung der regelmäßigen Berichte** zu erwähnen.¹⁶ Sie stellt in allen Datenschutzbehörden einen nicht ganz unerheblichen Teil des „output“ dar¹⁷ und spiegelt die Vielfalt der Einzelthemen und die Intensität ihrer Bearbeitung. In all diesen Berichten wird die allgemeine, landesübergreifende Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnik wie die des Datenschutzes sowie die Formen ihrer wirtschaftlichen Nutzung und die damit verbundenen Risiken für Individualrechte ausführlich beschrieben,¹⁸ und es werden meist auch die Beschlüsse der Datenschutz-Konferenz abgedruckt.

Inhaltlich besteht zwischen den Tätigkeitsberichten der Datenschutzbehörde fast vollständige Übereinstimmung bei der Gegenstandsauswahl, der Bewertung der Entwicklung und der Kritik der Praxis. Kaum ein Datenschutz-Tätigkeitsbericht, in dem nicht der Name Edward Snowden auftaucht,¹⁹ und kaum ein Beschluss der Datenschutzkonferenz, in dem nicht behauptet wird, die Grundrechte aller Menschen (überall auf der Welt) seien zunehmend gefährdet. In Anknüpfung an die Enthüllungen von Snowden wird immer wieder erklärt, dass die *US-amerikanischen Geheimdienste* in der Lage seien, so gut wie jeden Menschen auf der Erde zu überwachen, und die wirtschaftliche Macht der großen amerikanischen Computer- und Internetunternehmen wird zum Anlass genommen, vor der *Ausbeutung* und Unterdrückung der Menschen

¹⁴ Vorbesprechung zu diesem Gutachten, wahrgenommen durch den Vertreter der LDA, Herrn Dr. Thomas Reinke, und den Personalratsvorsitzenden, Herrn RD Veikko Müller, am 16. Juni 2016.

¹⁵ Vgl. Volker Lüdemann/Daniel Wenzel, Zur Funktionsfähigkeit der Datenschutzaufsicht in Deutschland, in: Recht der Datenverarbeitung (RDV) 2015, 285 (290) m.w.H.

¹⁶ Diese Tätigkeitsberichte (TB) sind auf der Webseite des Zentralarchivs für Tätigkeitsberichte des Bundes- und der Landesdatenschutzbeauftragten und der Aufsichtsbehörden für den Datenschutz (ZAFTDa) zugänglich, die von der Technischen Hochschule Mittelhessen (THM) betrieben wird.

¹⁷ Den größten Umfang weist der letzte TB des Thüringer Datenschutzbeauftragten (11. TB v. 25.5.2016) auf: 769 Seiten für den öffentlichen und 564 Seiten für den nicht-öffentlichen Bereich, insgesamt 1.333 Druckseiten.

¹⁸ Zur Erläuterung: Die LDA widmet der Entwicklung des Datenschutzrechts und der technisch-organisatorischen Entwicklung in ihrem Tätigkeitsbericht 2014/2015 22 Druckseiten (von 212 Seiten des Berichts [außer Anlagen]).

¹⁹ Z. B. 17. TB 2012/2013 der LDA Brandenburg, S. 11.

bei wirtschaftlichen Kontakten zu warnen. Ein weiteres Stichwort, das in keinem Bericht fehlt, ist „*Big Data*“; damit sind die Möglichkeiten gemeint, aus den Unmengen verfügbarer Daten mit Hilfe raffinierter Algorithmen Erkenntnisse über einzelne Personen zu gewinnen, die diesen nachteilig werden oder sonst die Rechte von Individuen beeinträchtigen können.

Diese Uniformität ist Resultat der intensiven Zusammenarbeit in der Datenschutz-Konferenz und einer Art Gruppenzwang,²⁰ der dazu führt, dass schon vielfach behandelte Themen in fast allen Berichten immer wieder aufgegriffen und gleich beurteilt werden.

Die Tätigkeitsberichte der Datenschutzbeauftragten dienen dazu, die allgemeine Informations- und Beratungspflicht der Datenschutzbeauftragten zu erfüllen. Die zahlreichen Ausführungen zu generellen, nicht landesspezifischen Problemen sollen die Leser auf die Bedeutung des Datenschutzes hinweisen und die Notwendigkeit der Kontrolle herausstellen. In den Aufgabenkatalog der LDA fallen sie als Beitrag zur Bildung einer öffentlichen Meinung über die globalen Risiken der Informationsverarbeitung (vgl. Art. 57 Abs. 1 Buchstabe f DSGVO).

3. Allgemeine Bewertung: Grundrechtsschutz in der Datenschutzpraxis

a) Ergebnisse der Aufsichtstätigkeit

Die Datenschutzbeauftragten und die Datenschutzaufsichtsbehörden haben über die Jahrzehnte hin zahlreiche Probleme der Daten- und Informationsverarbeitung aufgeklärt, Rechtsbeeinträchtigungen kritisiert und für die Zukunft ausgeräumt, Vorschläge für einen besseren, angemesseneren Umgang mit personenbezogenen Daten und Informationen erarbeitet und durchgesetzt und die Gesetzgebung in wichtigen Punkten beeinflusst. Sie haben allerdings nur in geringem Umfang schwerwiegende Rechtsverstöße festgestellt, sondern sich vielfach mit Vorgängen des alltäglichen Lebens befasst, die keine wesentliche Bedeutung für die Lebenssituation der Menschen haben. So wurde häufig moniert, dass es für eine an sich sinnvolle oder zumindest vertretbare und unschädliche Datenverarbeitung keine oder keine ausreichend bestimmte Rechtsgrundlage gab²¹ oder dass die Sammlung von Daten

²⁰ Kritisch dazu u.a. Göttrik Wewer, Wundermittel Transparenz? (Vortrag auf dem 3. Symposium der BfDI am 11.9.2014, in: Alexander Dix/Gregor Franßen/Michael Kloepfer/Peter Schaar/Friedrich Schoch/Andrea Voßhoff und Deutsche Gesellschaft für Informationsfreiheit (Hrsg.), Informationsfreiheit und Informationsrecht. Jahrbuch 2014, S. 161 (172). Wewer schreibt ironisch, die Konferenzen der Datenschutzbeauftragten wirkten auf Außenstehende wie „Feldmessen für Gläubige“.

²¹ Beispiele aus dem 16. TB der LDA 2010/2011: Im „Hauptflugbuch“ eines Regionalflughafens durften die Namen der Piloten nicht gespeichert werden, weil das Luftverkehrsgesetz dies nicht gestattete (S. 131 f.); eine Grundstückseinfahrt durfte vom Tiefbauamt nicht fotografiert werden (weil das Foto angeblich ein personenbezogenes Datum darstellte, S. 63f.); die Einwilligung der Eltern in Fotoaufnahmen in einer Kindertagesstätte reicht nicht aus, wenn die Aufnahmen nicht „erforderlich“ sind oder wenn der Zweck der Aufnahmen wegfällt (S. 103 f.). Aus dem 18. TB der LDA 2014/2015: Gemeinden dürfen bei der Abgabe rationierter „gelber Säcke“ keine Empfängerlisten führen, solange sie dazu nicht durch Rechtsvorschrift ermächtigt sind (S. 116 f.); Fundbüros müssen die auf verlorenen Smartphones u.ä. gespeicherten Daten löschen, bevor sie die Geräte an Finder oder Ersteigerer herausgeben (S. 118). – Der rheinland-pfälzische Landesbeauftragte hielt die Fahndung nach dem „Autobahnschützen“, der wahllos aus einem Hinterhalt auf Lkw-Fahrer gezielt hatte, für rechtswidrig, weil nach seiner Ansicht „gegen Nichtbeschuldigte keine planmäßig angelegte Beobachtung vorgenommen werden durfte“ (24. TB 2012/2013, S. 74). Damit wird letztlich jede Fahndung für

unzulässig gewesen sei, weil Verfahrensverzeichnisse und ähnliche Formalien nicht ordnungsgemäß vorlagen.²² In diesen Fällen wird die Rechtsgrundlage in aller Regel nachträglich geschaffen, so dass die Praxis nicht oder nicht wesentlich geändert zu werden braucht. An der hinzunehmenden (minimalen) Belastung der Betroffenen ändert sich also durch die aufwendige rechtliche Überprüfung nichts.

b) Behörden für Rechtspolitik

Als allgemeine Tendenz ist festzustellen: Die Datenschutzbehörden sind heute nicht mehr in erster Linie Kontroll- und Aufsichtsinstanzen, sondern verselbständigte Beratungsbehörden und Institutionen zur Beeinflussung der Rechtsentwicklung. Sie haben sich damit in einer Weise weiterentwickelt, die vom BDSG und den Landesdatenschutzgesetzen so nicht vorgezeichnet war. Nach der Selbsteinschätzung einer vielfältig agierenden Datenschutzbehörde ist den Datenschutzbeauftragten „immer mehr die Aufgabe eines umfassenden präventiven Datenschutzdienstleisters“ zugefallen.²³ Die Dienstleistung beschränkt sich aber nicht auf praktische Hilfe bei der Beachtung des geltenden Rechts, sondern umfasst auch erhebliche rechtspolitische Aktivitäten, also Einfluss auf die Gesetzgebung. Diese Einflussnahme gehört nach Ansicht der Datenschutzbehörden zu ihrer „gesellschaftlichen Aufgabe“, „digitalen Grundrechtsschutz“ zu betreiben.²⁴

Was auf anderen Politikfeldern Interessenvertretungen wie die berufsständischen Kammern²⁵ und die Verbraucher- und Umweltschutzverbände leisten, erledigen somit in einem großen Bereich der Rechtspolitik – bei der Bewältigung der Folgen der Informationstechnik – von Anfang an die Datenschutzbeauftragten und inzwischen auch die mit ihnen verbundenen Datenschutzaufsichtsbehörden. Die „gesellschaftliche“ Aufgabe wird hier von staatlichen Stellen wahrgenommen. Das führt zu rechtlichen Komplikationen – die Forderungen nach immer besser abgesicherter Unabhängigkeit (zu denen in Abschnitt VI. Stellung genommen wird) resultieren überwiegend aus dem Bestreben der Datenschutzbeauftragten, die gesellschaftliche Auseinandersetzung um das angemessene Verhältnis von individueller Freiheit und staatlicher Aufgabenerfüllung als einen rechtlich geordneten Konflikt zwischen Staatsorganen auszutragen, anders ausgedrückt als einen Entscheidungsprozess, der am Parlament vorbei möglichst weitgehend von den Datenschutzbeauftragten geprägt und in letzter Instanz von den Gerichten abgeschlossen werden soll.

c) Verordnete Einseitigkeit

Das bedeutet, dass die Datenschutzbeauftragten nicht wie andere Behörden das Gesetz unter Abwägung der konfligierenden Interessen anwenden, sondern dass sie zunächst

unzulässig erklärt – im ersten Schritt richtet sich *jede* Ermittlungsmaßnahme gegen Unbekannte, also noch nicht Beschuldigte.

²² S. oben II. 2. b. – Ein Beispiel: Mangels datenschutzrechtlicher „Freigabe“ unzulässiger Übergang vom Test- zum Produktivbetrieb beim Kommunalen Einsatzleitsystem (18. TB der LDA 2014/2015, S. 107 f.).

²³ Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD), TB 2015, S. 11.

²⁴ ULD (vorige Fn.), aaO.

²⁵ Dazu jedoch neuerdings das Urteil des BVerwG v. 23.3.2016, wonach die IHKen und ihr Dachverband DIHK kein allgemein-politisches Mandat besitzen, eine entsprechende „Lobby“-Tätigkeit also nicht erlaubt ist und dem Zwangsmittglied der Kammer einen Anspruch auf Austritt der Kammer aus dem DIHK vermittelt.

einmal Partei ergreifen – für das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“. Sie sind nicht gehalten, dieses Recht mit anderen Grundrechten abzuwägen. Sie schützen das von einer Datenverarbeitung betroffene Individuum, es ist ihnen aber nicht aufgegeben, auch die Interessen anderer oder der Allgemeinheit zu vertreten. Deshalb werden sie in vielen Veröffentlichungen und auch in Gerichtsentscheidungen als „Hüter der Grundrechte“ bezeichnet (und somit auf eine Stufe mit dem Bundesverfassungsgericht gestellt).²⁶ Einige Beauftragte bemühen sich zwar um eine gewisse Abgewogenheit der Bewertung, aber nur selten wird ausdrücklich bestätigt, dass eine Behörde oder ein Unternehmen korrekt gehandelt hat, dass also Vorwürfe rechtswidriger Datenverarbeitung unbegründet sind.²⁷ Wenn damit die institutionellen Advokaten des Datenschutzes als die eigentlichen Experten für alle Fragen dieser Rechtsmaterie angesehen werden, ist die Entwicklung des Datenschutzrechts einseitig – mit „Schlagseite“ zu Lasten anderer Grundrechte und Interessen – programmiert. Dabei wird u.a. die nach Art. 51 Abs. 1 DSGVO den Aufsichtsbehörden obliegende Aufgabe vernachlässigt, auch „den freien Verkehr personenbezogener Daten in der Union zu erleichtern“, also die Kommunikationsfreiheit zu gewährleisten.

d) Auslegungsmonopol der Aufsichtsbehörden?

Das oberste Ziel der Aufsichts- und Beratungstätigkeit müsste sein, die verantwortlichen Stellen zur eigenständigen Beurteilung und Anwendung des Datenschutzrechts zu befähigen. Mit der Praxis möglichst frühzeitiger und umfassender Beratung der Daten verarbeitenden Stellen entlasten die Datenschutzbehörden die Verantwortlichen von ihrer gesetzlichen Verpflichtung, sich selbst Rechenschaft darüber zu geben, ob ihre Arbeitsweisen mit dem geltenden Recht vereinbar sind, oder sich entsprechenden Rat anderswo zu beschaffen. Auch die neue DSGVO baut jedoch trotz vielfacher Einbeziehung der Aufsichtsbehörde auf dem Prinzip auf, dass **in erster Linie die Behörden und Unternehmen selbst für die Gesetzeskonformität ihrer Arbeit verantwortlich sind**.²⁸ Nach dem Sinn der Verantwortungsteilung sollen zunächst die Rechtsanwender (Datenverarbeiter) ihre Arbeitsweise gesetzmäßig ausgestalten, sodann haben die Betroffenen subjektive Rechte auf Auskunft, Berichtigung und Löschung. Diese können durch Anrufung von vorgesetzten Stellen, der Datenschutzaufsichtsbehörden und der Gerichte verteidigt werden.

Die ausgedehnte Beratungstätigkeit der Datenschutzbehörden spiegelt das Bemühen, möglichst früh und möglichst überall die eigenen Wertungen durchzusetzen. Ein Monopol der Rechtsauslegung steht den Aufsichtsbehörden aber nicht zu. Faktisch kann die frühe Befassung der Datenschutzaufsichtsbehörden mit allen relevanten Plänen der verantwortlichen Stellen dazu führen, dass die primär verantwortlichen (privaten wie staatlichen) Stellen kaum Chancen haben, abweichende Rechtsansichten konfliktfrei durchzusetzen. Die Auslegung des Datenschutzrechts durch die Datenschutzaufsichtsbehörden gewinnt von vornherein ein Übergewicht, das ihr in dem austarierten System der Zuständigkeiten nicht zukommt. Da die

²⁶ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 9. März 2010 (Rs. C-518/07, Kommission/Deutschland), Rn. 36: „Hüter des Rechts auf Privatsphäre“.

²⁷ Positive Beispiele etwa: Hessischer Datenschutzbeauftragter zum Scoring bei der Schufa (43. Tätigkeitsbericht S. 21: „kein Anlass zur Kritik“); Niedersächsische Datenschutzbeauftragte zum Meldedatenabgleich für den Rundfunkbeitragservice (22. TB S. 35 f.); ebenso zu diesem Thema Datenschutzbeauftragter Rheinland-Pfalz (24. TB S. 44).

²⁸ Vgl. etwa Art. 24 DSGVO.

Aufsichtsbehörden als Verfechter der Betroffenenrechte eingerichtet sind, dürfen sie, wie gesagt, einseitig argumentieren und die Interessen anderer Beteiligter (Informationsinteressenten) vernachlässigen. Diese Kräfteverteilung ist langfristig für die gesellschaftliche Akzeptanz eines ausgewogenen Datenschutzes von Nachteil. Es gibt bereits hinreichend Anzeichen dafür, dass die Vorgaben der Datenschutzbehörden zunehmend als „bürokratische“ Erschwerung sinnvollen Technikeinsatzes angesehen werden.

Das Streben nach umfassender („flächendeckender“) Beachtung sämtlicher (formeller und materieller) Rechtsvorschriften kollidiert auch mit dem Freiheitsstreben der Menschen; eine Gesellschaft, in der staatliche Stellen für die „totale“ Befolgung aller Rechtsnormen sorgen, wäre gerade kein Rechtsstaat mehr, sondern würde im Gegenteil zum Überwachungsstaat tendieren. Dass dies beabsichtigt sei, wird niemandem unterstellt, aber die Vorstellung einer überperfekten Ordnung und einer vollkommen „gesetzestreu“ Gesellschaft sollte als eine Dystopie erkannt werden. Perfektionsstreben kann gerade bei der Überwachung der Daten- (und Informations)verarbeitung zu einem Übermaß an Regulierung führen.

Zu bedenken ist auch, dass die Aufsichtsbehörden sich dabei in der Regel mit *möglichen* Verstößen gegen Rechtsvorschriften befassen, ohne immer auch deren *Wahrscheinlichkeit* in Rechnung zu stellen. Die darin zum Ausdruck kommende Risikoabwehr bezieht sich also auf das *Vorfeld* tatsächlicher Vorgänge, sie bleibt zum großen Teil rein theoretischer Natur. Dieser Umstand relativiert den Nutzen der Vorabberatung und führt zu der Überlegung, dass die Datenschutzinstanzen manche Fallkonstellationen ohne einen feststellbaren Verlust an Rechtsschutz nachrangig behandeln können, dass sie also auch an sich obligatorische Reaktionen zurückstellen oder ganz unterlassen dürfen, wenn die Wahrscheinlichkeit der Verletzung subjektiver Rechte ganz gering ist.

4. Erweiterungen des Aufgabenkatalogs durch die Europäische Datenschutz-Grundverordnung

Die DSGVO hat die Rechtsgrundlagen verändert. Art. 51 Abs. 1 bestimmt zunächst in allgemeiner Form, dass es unabhängige Aufsichtsbehörden „für die Überwachung der Anwendung dieser Verordnung“ geben muss, „damit die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen bei der Verarbeitung geschützt werden und der freie Verkehr personenbezogener Daten in der Union erleichtert wird“. Nach Art. 51 Abs. 2 leistet jede Aufsichtsbehörde „einen Beitrag zur einheitlichen Anwendung dieser Verordnung in der gesamten Union“. Unter dem Titel „Aufgaben“ verpflichtet sodann Art. 57 Abs. 1 Buchstaben a bis v die Aufsichtsbehörden zu einer Vielzahl von Tätigkeiten.

Nach Art. 52 Abs. 4 DSGVO muss jeder Mitgliedstaat sicherstellen, dass

„jede Aufsichtsbehörde mit den personellen, technischen und finanziellen Ressourcen, Räumlichkeiten und Infrastrukturen ausgestattet wird, die sie benötigt, um ihre Aufgaben und Befugnisse auch im Rahmen der Amtshilfe, Zusammenarbeit und Mitwirkung im Ausschuss effektiv wahrnehmen zu können“.

a) Die wesentlichen Aufgabenbestimmungen²⁹

- An erster Stelle steht die übergeordnete Aufgabe der datenschutzrechtlichen *Kontrolle*: Jede Aufsichtsbehörde muss „in ihrem Hoheitsgebiet die Anwendung dieser Verordnung überwachen und durchsetzen“ (Buchstabe a).

- An zweiter Stelle folgt eine Aufgabe, die von den deutschen Aufsichtsbehörden bereits seit je wahrgenommen wird, ohne dass sie im BDSG besonders erwähnt wäre, nämlich „die *Öffentlichkeit* für die Risiken, Vorschriften, Garantien und Rechte im Zusammenhang mit der Verarbeitung [zu] sensibilisieren und sie darüber auf[zu]klären“³⁰ (Buchstabe b). Die DSGVO bekräftigt insofern die Entwicklung, die oben (zu II. 3.) beschrieben wurde (ohne aber die Kontrollaufgabe zurückzustellen). In diesem Zusammenhang ist auch die Pflicht zur Erstellung von Jahresberichten zu nennen (Art. 59 DSGVO); sie ist in der Bundesrepublik nach mehrjähriger Erprobung auf eine Berichtspflicht alle zwei Jahre ermäßigt worden.

- Als dritte Aufgabenkategorie ist die *Beratung* genannt, und zwar Beratung des Parlaments, der Regierung und „anderer Einrichtungen und Gremien“ „über legislative und administrative Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen in Bezug auf die Verarbeitung“ (Buchstabe c).

Was in den weiteren Punkten dieser Aufzählung folgt (Buchstaben d) bis v), sind ganz überwiegend *Konkretisierungen* und *Variationen* dieser drei wesentlichen Tätigkeiten. So wird die Sensibilisierung nicht nur der Öffentlichkeit wie bei Buchstabe b) angeordnet, sondern die der „Verantwortlichen“ und der „Auftragsverarbeiter“ über ihre neuen Pflichten (Buchstabe d)). Die Aufsichtsbehörden sollen des Weiteren den betroffenen Personen *Informationen* „über die Ausübung ihrer Rechte“ zur Verfügung stellen (Buchstabe e)), sich mit Beschwerden bestimmter Stellen befassen, die Gegenstände der Beschwerden untersuchen und die Beschwerdeführer unterrichten (Buchstabe f; vgl. dazu aus umgekehrter Sicht das Recht auf Beschwerde gemäß Art. 77 Abs. 1 DSGVO). In diesen Zusammenhang gehört auch die Verpflichtung der Aufsichtsbehörden, Beschwerden durch Bereitstellen von Formularen zu erleichtern, die auch elektronisch ausgefüllt werden können (Art. 57 Abs. 2).

Das alles sind für etablierte Datenschutzbehörden Hilfstätigkeiten, die unter die allgemeine Kontrollaufgabe fallen. Das gilt auch für die Verpflichtung, mit anderen Aufsichtsbehörden zusammenarbeiten (Buchstabe g) – auch dies ein selbstverständliches Element der Kontrolltätigkeit, wenn andere Zuständigkeiten berührt sind.

Die ebenfalls in Art. 57 Abs. 1 angeführte Verpflichtung, „*Untersuchungen über die Anwendung* dieser Verordnung“ durchzuführen (Buchstabe h) und „maßgebliche *Entwicklungen*“ zu „*verfolgen*“, „insbesondere die Entwicklung der Informations- und

²⁹ Der Aufgabenbegriff wird in der Literatur im Allgemeinen undifferenziert verwendet. Eine angemessene Beurteilung der vorgeschriebenen Tätigkeiten ist aber nur möglich, wenn man zwischen den relativ abstrakten Zielbestimmungen (Aufgaben im eigentlichen Sinne) und den Ausführungstätigkeiten unterscheidet, wie es hier im Text geschieht. Ausführlich dazu Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl. Heidelberg 2015, § 9 (Rn. 334 ff.), insbes. Rn. 350.

³⁰ Hervorhebungen hier und in den folgenden Zitaten nicht im Original.

Kommunikationstechnologie und der Geschäftspraktiken“ (Buchstabe i), entspricht im Kern der regelmäßigen Praxis der Beauftragten und Aufsichtsbehörden, in den Tätigkeitsberichten über Wandel oder Kontinuität bei der Anwendung des einschlägigen Rechts zu berichten und die globale technische und ökonomische Entwicklung ausführlich zu schildern und auf ihren Konferenzen Stellungnahmen dazu abzugeben.

b) Ausdrücklich vorgeschriebene Tätigkeiten zur Erfüllung der datenschutzrechtlichen Grundaufgaben

Die Aufsichtsbehörde soll sich nach dem Katalog des Art. 57 Abs. 1 DSGVO aber auch mit einigen weiteren Tätigkeiten befassen, die über die bisherige Praxis (vgl. § 38a BDSG) zumindest teilweise hinausgehen oder jedenfalls nicht im geltenden Recht ausdrücklich angeordnet sind. Sie soll nämlich

- (1) „*Standardvertragsklauseln* im Sinne des Artikels 28 Absatz 8 und des Artikels 46 Absatz 2 Buchstabe d festlegen“ (Buchstabe j),
- (2) „eine *Liste der Verarbeitungsarten* erstellen und führen, für die gemäß Artikel 35 Absatz 4 eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist“ (Buchstabe k)
- (3) „die Ausarbeitung von *Verhaltensregeln* gemäß Artikel 40 Absatz 1 fördern und zu diesen Verhaltensregeln [...] Stellungnahmen abgeben und sie billigen“ (Buchstabe m),
- (4) „die Einführung von *Datenschutz Zertifizierungsmechanismen* und von *Datenschutzsiegeln und -prüfzeichen* nach Artikel 42 Absatz 1 anregen und Zertifizierungskriterien nach Artikel 42 Absatz 5 billigen“ (Buchstabe n),
- (5) „gegebenenfalls die nach Artikel 42 Absatz 7 erteilten *Zertifizierungen* regelmäßig überprüfen“ (Buchstabe o),
- (6) „die *Kriterien für die Akkreditierung* einer Stelle für die Überwachung der Einhaltung der Verhaltensregeln gemäß Artikel 41 und einer Zertifizierungsstelle gemäß Artikel 43 abfassen und veröffentlichen“ (Buchstabe p),
- (7) „die *Akkreditierung* einer Stelle für die Überwachung der Einhaltung der Verhaltensregeln gemäß Artikel 41 und einer Zertifizierungsstelle gemäß Artikel 43 vornehmen“ (Buchstabe q),
- (8) „*Vertragsklauseln* und Bestimmungen im Sinne des Artikels 46 Abs. 3 *genehmigen*“ (Buchstabe r),
- (9) „verbindliche interne Vorschriften gemäß Artikel 47 *genehmigen*“ (Buchstabe s) sowie
- (10) „interne *Verzeichnisse* über Verstöße gegen diese Verordnung und gemäß Artikel 58 Absatz 2 ergriffene Maßnahmen“ führen (Buchstabe u).

Dass die Aufsichtsbehörde schließlich auch „Beiträge zur Tätigkeit des Ausschusses leisten“ soll (Buchstabe t), ist ein Element der notwendig gewordenen Bemühungen um die Vereinheitlichung des Datenschutzrechts in Europa und verdient besondere Bewertung (dazu unten III. 6. c).

Am Ende der Aufzählung steht dann sogar noch eine salvatorische Klausel: Die Aufsichtsbehörden sollen auch „jede sonstige Aufgabe im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten erfüllen“. Was damit noch gemeint sein kann, ist schwer erschließbar.

c) Zusammenfassung der zusätzlichen Pflichten

Nach allem ist es nicht zu bestreiten, dass die Veränderungen durch die DSGVO den Datenschutzaufsichtsbehörden zusätzliche Arbeit aufbürden werden. Schon vorab kann jedoch festgestellt werden, dass die soeben aufgeführten Tätigkeiten dem Ziel der Datenschutzkontrolle und -beratung untergeordnet sind und dass die Mehrzahl der als neu bezeichneten Pflichten der Datenschutzbehörden bereits nach geltendem Recht besteht. Die DSGVO stellt einige **Hilfstätigkeiten** zur Erfüllung der eigentlichen Aufgaben der Aufsichtsbehörden heraus, anders ausgedrückt Tätigkeiten, die zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts „allenfalls mittelbar“ beitragen.³¹

Diese zusätzlichen „Aufgaben“³² lassen sich in vier Gruppen einteilen:

- Führung von **Listen** und Verzeichnissen (s. oben (2) und (10));
- Festlegung oder Genehmigung von **Vertragsklauseln**; s. oben (1) und (8));
- Förderung und Überwachung (Genehmigungsvorbehalt) von **Selbstregulierung** (Verhaltensregeln und interne Vorschriften, s. oben (3) und (9)) sowie
- Anregung der Einführung von **Zertifizierungsmechanismen**, Gütesiegeln etc. und Gewährleistung eines angemessenen Zertifizierungs- und Akkreditierungssystems (oben (4) bis (7)).

Die Listenführung dürfte ohne relevanten zusätzlichen Aufwand aus der Sachtätigkeit (Beratung zur Folgenabschätzung, Sanktionspraxis) folgen. Mit der Problematik von Standardverträgen für die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer sind die Datenschutzaufsichtsbehörden bereits seit langem befasst, nachdem die EU-Kommission auf der Grundlage der bisher gültigen EU-Datenschutz-Richtlinie entsprechende Standardklauseln formuliert und Regeln dazu beschlossen hat;³³ neuerdings haben diese Klauseln in der Auseinandersetzung um die „Safe-Harbor“-Regelungen große Aktualität erlangt. Auch verschiedene Formen von Selbstregulierung werden bereits praktiziert. So ist insbesondere an die Selbstbindung der Geoinformations-Unternehmen zu erinnern; der anfängliche Streit um Google Streetview ist auf diesem Wege beigelegt worden. Die deutsche Informationswirtschaft hat sich in einem Verein Selbstregulierung Internetwirtschaft (SRIW) zusammengeschlossen, der die Schaffung von Verhaltenskodices vorantreibt und für die Anerkennung dieser selbstgesetzten Regeln durch die Aufsichtsbehörden (vgl. § 38a BDSG) wirbt.³⁴ Auch Zertifizierungssysteme und Gütesiegel gibt es in der Bundesrepublik bereits. Hier hat insbesondere das Unabhängige Landeszentrum Datenschutz Schleswig-Holstein Pionierarbeit geleistet.

Trotz des inneren Zusammenhangs der neuen Pflichten mit den bisherigen Aufgaben der LDA wird die Umsetzung der DSGVO zusätzliche Belastungen für die Behörde verursachen. Die LDA beschreibt die verschiedenen bürokratischen Vorgänge, die mit

³¹ So die Unterscheidung von Alexander M. Nguyen, Die zukünftige Datenschutzaufsicht in Europa, Zeitschrift für Datenschutz (ZD) 2015, 265 (269).

³² Vgl. nochmals Fn. 29.

³³ Entscheidungen der EU-Kommission vom 15. Juni 2001, ABl. Nr. L 181 S. 19, abgedruckt in: Datenschutzrecht, Beck-Texte im dtv, 2. Aufl. 2010, Nr. 28

³⁴ Der Gutachter ist Beiratsmitglied dieses Vereins.

einiger Sicherheit nötig sein werden, in anschaulicher Weise in ihren Anmerkungen. Doch bleibt zu fragen, ob die neuen (oder ausdrücklich bekräftigten) Pflichten die Dienststelle tatsächlich so stark belasten werden wie es der Fall zu sein scheint, wenn man die Darstellung der Rechtsvorschriften liest. Die DSGVO muss alle in Betracht kommenden Fallkonstellationen regeln, aber nicht alle werden in der Praxis zu entsprechenden Verfahren führen. Der größte Teil der LDA-Praxis wird sich weiterhin auf Vorgänge beziehen, die im Lande Brandenburg entstanden sind und ohne Beteiligung landesexterner Stellen bearbeitet werden können, insbesondere solche aus dem Bereich der Kommunalverwaltung und der regionalen Wirtschaft.³⁵

d) Die Bedeutung des Vereinheitlichungsgebots

Die LDA betont in ihrem Personalkonzept (2.5) und in ihren Anmerkungen zum Gutachtenentwurf (S. 6 f., 8 und 10 ff.), dass sie nach der DSGVO *verpflichtet* sei, an der Herstellung eines Konsenses zwischen allen Aufsichtsbehörden mitzuwirken. Richtig ist, dass sich die Datenschutzaufsichtsinstanzen der EU-Mitgliedstaaten um eine einheitliche Auslegung und Anwendung des gemeinsamen Rechts bemühen sollen und dass sie allesamt an dem „Kohärenzverfahren“ nach Art. 60 DSGVO zur Herstellung eines Konsenses beteiligt sein sollen. Dadurch kann sich ein erheblicher Bedarf an gegenseitiger Abstimmung ergeben. Es liegt auch im Interesse der verantwortlichen Stellen wie auch der Betroffenen, dass die Datenschutzaufsicht ihnen gegenüber mit einer Stimme spricht und dass alle Beschwerden und Verdachtsfälle über einen einzigen Zugang („One-Stop-Shop“) an die letztlich zuständige Stelle gelenkt werden. Intern, im Miteinander der Aufsichtsbehörden, macht die beschlossene Regelung eine Vielzahl von Schritten erforderlich. Deshalb fordert die LDA für die Koordinierung der Datenschutztätigkeit im Sinne des „One-Stop-Shop“-Prinzips neue Stellen.

Das EU-Recht ist föderalismusblind: Es unterscheidet nicht zwischen Einheitsstaaten und Bundesstaaten, so dass an sich die deutschen Landesdatenschutzbehörden europarechtlich die gleiche Rechtsstellung haben wie die Aufsichtsbehörden von Zentralstaaten. Grundsätzlich ist jede Aufsichtsbehörde „für die Erfüllung der Aufgaben und die Ausübung der Befugnisse, die ihr mit der Verordnung übertragen wurden, im Hoheitsgebiet ihres eigenen Mitgliedstaates zuständig“ (Art. 55 Abs. 1 DSGVO). „Unbeschadet“ dieser Vorschrift gibt es jedoch das Institut der „federführenden Aufsichtsbehörde“; danach „ist die Aufsichtsbehörde der Hauptniederlassung oder der einzigen Niederlassung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters [...] die zuständige federführende Aufsichtsbehörde für die von diesem Verantwortlichen oder diesem Auftragsverarbeiter durchgeführte grenzüberschreitende Verarbeitung“ (Art. 56 Abs. 1). Das Verfahren der Zusammenarbeit richtet sich nach Art. 60 DSGVO; dort sind die verschiedenen Konstellationen und die entsprechenden Verfahrensschritte und die dafür geltenden Fristen ausführlich geregelt. Ziel ist die Erreichung von Konsens. Die

³⁵ Vgl. a. Erwägungsgrund 128: „Die Vorschriften über die federführende Behörde und das Verfahren der Zusammenarbeit und Kohärenz sollten keine Anwendung finden, wenn die Verarbeitung durch Behörden oder private Stellen im öffentlichen Interesse erfolgt. In diesen Fällen sollte die Aufsichtsbehörde des Mitgliedstaats, in dem die Behörde oder private Einrichtung ihren Sitz hat, die einzige Aufsichtsbehörde sein, die dafür zuständig ist, die Befugnisse auszuüben, die ihr mit dieser Verordnung übertragen wurden.“ S. ferner Erwägungsgrund 10 zum öffentlichen Bereich und den sektorspezifischen Vorschriften.

Aufsichtsbehörden können nach Art. 62 überdies gemeinsame Maßnahmen durchführen.

Zur Beilegung gewichtiger Meinungsverschiedenheiten zwischen den Datenschutzaufsichtsbehörden sieht die DSGVO das bereits erwähnte Kohärenzverfahren vor. „Um zur einheitlichen Anwendung dieser Verordnung in der gesamten Union beizutragen, arbeiten die Aufsichtsbehörden im Rahmen des [...] Kohärenzverfahrens untereinander und gegebenenfalls mit der Kommission zusammen“ (Art. 63). Hier findet insbesondere ein Austausch von Stellungnahmen zwischen der zuständigen Aufsichtsbehörde und dem Europäischen Datenschutzausschuss statt (Art. 64); am Ende erlässt der Ausschuss in bestimmten Fällen einen verbindlichen Beschluss (Art. 65). Gegen Entscheidungen des Ausschusses kann unter Umständen Rechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof beantragt werden (Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV). Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung können sogar die Aufsichtsbehörden gegen Beschlüsse des Ausschusses Klage erheben.³⁶

Das Ziel der vollständigen Vereinheitlichung des Datenschutzrechts in der gesamten Europäischen Union ist außerordentlich ehrgeizig. Seiner Erreichung stehen hohe Hürden entgegen; der erforderliche Koordinationsaufwand ist groß. Die Bereitschaft zur Einigung über strittige Auslegungsfragen ist keineswegs überall ausgeprägt; vielfach stehen der Harmonisierung starke nationale Traditionen und Wertungsdifferenzen entgegen. Es wird daher viele Jahre dauern, bis umsetzbare Konsense über die wichtigsten Streitfälle erzielt sein werden. Es ist denn auch nicht so, dass ab Mai 2018 nur noch europaweit einheitliche Konkretisierungen der DSGVO angewendet werden dürften. Die DSGVO schreibt vor, dass sich alle Beteiligten um Einheitlichkeit *bemühen* sollen, verlangt aber nichts Unmögliches.

Der deutsche Gesetzgeber wird um der Effektivität der Aufgabenerfüllung wegen genötigt sein, die Gleichstellung aller nationalen Aufsichtsbehörden vor der EU zu modifizieren und für das Außenverhältnis der Bundesrepublik zur EU die Zuständigkeit einer Bundesbehörde zu bestimmen.³⁷ Das EU-Recht verbietet nicht, dass die Landesbehörden sich mit der Bundesebene für die supranationalen Verhandlungen auf ein einheitliches Vorgehen, also auf die Vertretung eines einheitlichen Standpunktes zu den strittigen Fragen einigen, und das verfassungsimmanente Gebot wirksamer Erfüllung der Staatsaufgaben zwingt dazu, so vorzugehen. Die Zusammenarbeit zwischen den Ländern und zwischen Ländern und Bund muss auf dieser Basis gesetzlich geregelt werden; das kann nur der Bund. In der entsprechenden Verfahrensregelung muss sinnvollerweise entweder die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit oder eine der in Betracht kommenden Landesbehörden als zentrale Koordinationsstelle bestimmt werden.

Von der künftigen bundesrechtlichen Regelung wird es abhängen, wie intensiv die nach der DSGVO notwendig bleibende Beteiligung der Landesbehörden ausfällt. Es ist schwer vorstellbar, dass alle sechzehn Landesdatenschutzbehörden in gleicher Intensität an allen in Deutschland anhängig werdenden Kohärenzverfahren beteiligt sein sollen. Wenn „nationale Alleingänge“ unter der Geltung des DSGVO gerade nicht

³⁶ Nguyen (Fn. 31), ZD 2015, 265 (268).

³⁷ Vgl. nochmals Erwägungsgrund 119 Satz 2.

mehr möglich sein sollen,³⁸ müssen erst recht etwaige Alleingänge einzelner Länder vermieden werden. Nach dem Sinn des Kohärenzverfahrens sollen Sondermeinungen einzelner Aufsichtsbehörden gerade nicht durchgesetzt werden.

Die Hauptlast bei den schwierigen Vorgängen, die von internationalen Unternehmen ausgelöst werden, liegt künftig bei der jeweils „federführenden“ Aufsichtsbehörde. Ihr Beschlussentwurf (Art. 60 Abs. 3) wird faktisch immer das größte Gewicht haben. Federführend aber ist in der Regel die für die Hauptniederlassung bzw. einzige europäische Niederlassung des Unternehmens zuständige Behörde (Art. 56 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Nr. 16 DSGVO; dort wird auf die „Hauptverwaltung“ des Unternehmens verwiesen). Andere Aufsichtsbehörden sind nur unter bestimmten Umständen „betroffen“ (Art. 4 Nr. 22 DSGVO). Alle Aufsichtsbehörden haben nach dem neuen Recht bestimmte befristete Informationspflichten (vgl. Art. 56 Abs. 3-5 und Art. 60/61); über deren Auswirkungen auf den Arbeitsanfall der Behörden kann bisher nur spekuliert werden.

Die LDA erweckt unter Berufung auf Art. 51 Abs. 2 und Art. 57 Abs. 1 Buchstabe g DSGVO den Eindruck, als müsste das Kohärenzverfahren in fast allen bei ihr anhängigen Vorgängen eingeleitet werden.³⁹ Dieses Resultat wäre falsch. Zwar ist nach den genannten Vorschriften keine Aufsichtsbehörde von der Mitwirkung ausgeschlossen, aber selbstverständlich hat jede Aufsichtsbehörde einen Spielraum für die Entscheidung, in welchen Fällen sie ihren Beitrag zur Vereinheitlichung des Datenschutzrechts leisten und wie stark sie sich einbringen will. So stellt Erwägungsgrund 135 Satz 2 bei der Erläuterung, wann das Kohärenzverfahren angewendet werden sollte, u.a. ausdrücklich darauf ab, ob die betreffenden Verarbeitungsvorgänge „erhebliche Auswirkungen“ „für eine beträchtliche Zahl betroffener Personen in mehreren Mitgliedstaaten haben“.

Die danach erwartbare Arbeitsbelastung der LDA hängt davon ab, welche international tätigen Unternehmen eine Niederlassung in Brandenburg haben und wo die Hauptniederlassung ist. Die meisten der von der LDA aufgeführten Unternehmen dürften Niederlassungen größerer Konzerne darstellen.⁴⁰ Die speziellen Internetunternehmen, die den größten Aufwand an Datenschutzbemühungen erfordern, haben wohl sämtlich ihren Sitz außerhalb Brandenburgs. Ist eine andere Aufsichtsbehörde federführend, so hat die LDA nach Art. 56 Abs. 4 Satz 2 DSGVO die Befugnis, einen Beschlussentwurf vorzulegen. Es ist ihre Entscheidung, ob sie – eventuell in Abweichung von der Meinung der federführenden Behörde – einen solchen eigenen Entscheidungsvorschlag entwirft. Der dazu nötige Aufwand stünde in ungünstigem Verhältnis zu dem möglichen Erfolg: Bei einem Widerspruch gegen die Entscheidung der federführenden Behörde entscheidet der Europäische Datenschutzausschuss verbindlich; eine nicht mit anderen abgestimmte Position hätte dabei nur geringe Durchsetzungschancen.

Als Zwischenergebnis ist festzustellen: Der über die landesinterne Tätigkeit hinausreichende Kooperations- und Harmonisierungsauftrag an die Datenschutzbeauftragten kann als eine neue (Hilfs-)Aufgabe betrachtet werden, auch

³⁸ Anmerkungen der LDA (Fn. 1), S. 7.

³⁹ Anmerkungen (Fn. 1), S. 6 f.

⁴⁰ Zur Hauptniederlassung von Konzernen vgl. Erwägungsgrund 36 Satz 9 (grundsätzlich Hauptniederlassung des herrschenden Unternehmens). S.a. Niko Härting, Datenschutz-Grundverordnung, Köln 2016, Rn. 755 f.

wenn schon bisher eine rege Abstimmung zwischen den nationalen Datenschutzbehörden praktiziert wird. Es ist aber ungewiss, wieviel Mehrarbeit diese Rechtslage verursachen wird. Die Vereinheitlichung wird schwierig werden, aber nicht weil es an Personal fehlt, sondern weil die Widerstände anderer Länder und Staaten groß sein werden. Die Formelkompromisse der DSGVO werden letztlich bewirken, dass verbindliche Entscheidungen nur vom Europäischen Datenschutzausschuss, von der EU-Kommission oder dem EuGH getroffen werden können.

e) Die Formalisierung der Folgenabschätzung

Die DSGVO hat mit der Mitwirkung an der Folgenabschätzung einen Aspekt der Beratungsaufgabe verselbständigt und als eine neue (Teil-)Aufgabe den Aufsichtsbehörden ausdrücklich aufgetragen. Zu betonen ist, dass es sich um die Beratung im Anschluss an eine formalisierte Folgenabschätzung gemäß Art. 35 auf Initiative des Verantwortlichen handelt: „Der Verantwortliche konsultiert vor der Verarbeitung die Aufsichtsbehörde, wenn aus einer Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 hervorgeht, dass die Verarbeitung ein hohes Risiko zur Folge hätte, sofern der Verantwortliche keine Maßnahmen zur Eindämmung des Risikos trifft“ (Art. 36 Abs. 1).

Die neue Regelung ähnelt der bisher in § 4d Abs. 5/6 BDSG vorgeschriebenen Vorabkontrolle.⁴¹ Die für die Betroffenen und die Allgemeinheit problematischen Folgen der Datenverarbeitung herauszuarbeiten, ist im Grunde die erste Voraussetzung für die Feststellung datenschutzrechtlicher Relevanz, wenn Datenschutz nicht zum Selbstzweck werden soll. „Folgenlose“, d.h. die Lage der Betroffenen tatsächlich nicht beeinträchtigende Formen der Datennutzung sind auch rechtlich irrelevant. In der Praxis wird dieser an sich notwendige Prüfungsschritt bisher häufig nur oberflächlich durchgeführt, indem ein „Eingriff“ in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung schlicht behauptet wird; denn es gehört zu den nicht mehr hinterfragten Grundüberzeugungen der Verfechter eines umfassenden Datenschutzes, dass es so gut wie keinen Umgang mit Personendaten gibt, der nicht grundrechtsbeeinträchtigend ist – eben weil das zugrunde gelegte Recht auf informationelle Selbstbestimmung so weit angelegt ist. Was eigentlich erst zu beweisen ist, wird deshalb durch die Berufung auf ein angeblich allumfassendes Recht unterstellt.

Der europäische Gesetzgeber verlangt nun von den Aufsichtsbehörden, dass sie **konkrete Überlegungen** anstellen, welche nachteiligen Folgen die Verarbeitung personenbezogener Daten für Beteiligte unter den jeweils gegebenen Umständen hat, und dass sie dabei auch auf das Gewicht des Risikos abstellen. Für die Prüfung ist eine Frist von acht Wochen vorgeschrieben, die um sechs Wochen verlängert werden kann (Art. 36 Abs. 2 Sätze 1 und 2 DSGVO). Wenn diese Prüfung nicht wiederum in pauschalen Formeln enden soll, ist hier in der Tat größerer Aufwand als bisher erforderlich.

⁴¹ Härting (vorige Fn.), Rn. 34 ff. – Die Modalitäten der Folgenabschätzung nach der DSGVO behandelt Marit Hansen, Datenschutz-Folgenabschätzung – gerüstet für Datenschutzvorsorge?, in: DuD 2016, S. 587-591.

Die formalisierte „Abschätzung“ findet nach der DSGVO nur statt, wenn der Verantwortliche feststellt, dass „eine Form der Verarbeitung, insbesondere bei Verwendung neuer Technologien, aufgrund der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich **ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge**“ hat (Art. 35 Abs. 1 Satz 1). Das kann vor allem der Fall sein, wenn eine „systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte natürlicher Personen“ beabsichtigt ist, „die sich auf automatisierte Verarbeitung einschließlich Profiling gründet und die ihrerseits als Grundlage für Entscheidungen dient, die Rechtswirkungen gegenüber natürlichen Personen entfalten oder diese in ähnlicher Weise beeinträchtigen“ (Art. 35 Abs. 3 Buchstabe a) oder wenn „umfangreich“ sensitive Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 oder Art. 10 DSGVO verarbeitet werden sollen (ebd. Buchstabe b). Dasselbe gilt bei großflächiger Videoüberwachung im öffentlichen Bereich (Buchstabe c).

Härting empfiehlt jedoch – über diese Fälle hinausweisend – jedem Unternehmen, vor Einführung eines neuen Verfahrens eine Folgenabschätzung vorzunehmen und eine Abstimmung mit der Aufsichtsbehörde herbeizuführen.⁴² Das dürfte zu weit gehen; die Voraussetzungen dieser Prozedur sind – wenn auch nur in Regelbeispielen (Art. 35 Abs. 2) – deutlich strenger bestimmt als bei alltäglichen Formen der Datenverarbeitung, und es ist nicht ersichtlich, warum die Unternehmen so weitgehend von ihrer Verantwortung entlastet werden sollen. Auch der einschlägige Erwägungsgrund 91 gibt die von Härting empfohlene Ausweitung nicht her; dort sind gerade „umfangreiche“ Verarbeitungsvorgänge und die Verarbeitung sensibler Daten erwähnt. Wenn die Unternehmen sich absichern wollen, indem sie ihre Verarbeitungsvorgänge vollständig vorab überprüfen lassen, braucht die Aufsichtsbehörde darauf nicht mit einer umfassenden Risikoeinschätzung einzugehen, sondern kann auf das Fehlen der Voraussetzungen dieser formalisierten Begutachtung hinweisen. Wenn die Aufsichtsbehörde es jedoch für „selbstverständlich“ hält, dass alle Unternehmen und Behörden sie um Vorab-Begutachtung ersuchen werden (weil angeblich überall die eigene Sachkunde fehle),⁴³ und sie daher allen solchen Ersuchen nachkommt, lenkt sie die Entwicklung in überaus bedenklicher Weise auf ein falsches Ziel hin.

Wenn die verantwortlichen Stellen sich nicht die nötige Sachkunde beschaffen und sich nicht zumindest langfristig in die Lage versetzen, die Risiken der Datenverarbeitung selbständig zu beurteilen, wird die Durchsetzung des Datenschutzes scheitern. Noch so gründliche Beratung durch die Aufsichtsbehörde ersetzt nicht die notwendigen eigenen Überlegungen der verantwortlichen Stellen. Niemand würde auf den Gedanken kommen, die Finanzämter sollten alle Rechtsgeschäfte, die ein Unternehmen abschließen will, oder auch nur einen wesentlichen Teil davon vorab auf ihre steuerliche Unbedenklichkeit prüfen. Es wird vielmehr hingenommen, dass die Steuerpflichtigen immer wieder versuchen, die Steuertatbestände durch „kreative“ Rechtsgestaltung zu umgehen, und für nachträglich aufgedeckte Rechtsverstöße werden die Verantwortlichen bestraft. Streitigkeiten werden vor den Gerichten ausgetragen, aber eben nicht im Vorhinein in Beratungsprozessen. Es gilt als selbstverständlich, dass sich die Unternehmen von Steuerberatern unterstützen lassen; deren Honorar ist steuerlich absetzbar. Auch für die rechtliche Einbindung der Datenverarbeitung ist inzwischen reichlich Expertise

⁴² Ebd. Rn. 50.

⁴³ Vgl. die Anmerkungen (Fn. 1), S. 8/9 zu III. 2. c.

außerhalb der Datenschutzaufsichtsbehörden verfügbar. Wenn demgegenüber behauptet wird, die Qualität externer Datenschutz-Berater sei oft unzureichend, so verbirgt sich dahinter möglicherweise die Behauptung, die vertretene Rechtsansicht sei nach Ansicht der Behörde falsch – was gerade erst zu prüfen wäre.

Die LDA weist nun darauf hin, dass sie nach Art. 35 Abs. 4 DSGVO in Abstimmung mit den anderen Aufsichtsbehörden (Art. 35 Abs. 6 und Art. 51 Abs. 1 DSGVO) eine *Liste* der Verarbeitungsvorgänge aufzustellen hat, bei denen eine Folgenabschätzung erforderlich ist. Die erforderliche Abstimmung dürfte in der Tat erheblichen Aufwand verursachen, zumal die Vorschrift des Art. 35 Abs. 4 unklar ist. Sollen nur die der Aufsichtsbehörde aus ihrer Praxis bekannten oder etwa alle nur denkbaren hoch riskanten „Verarbeitungsvorgänge“ in die Liste aufgenommen werden? Was folgt aus der Aufnahme oder Nichtaufnahme in die Liste? Auch hier gilt aber: Solche Probleme können nicht durch höheren Personaleinsatz gelöst werden, sondern nur durch pragmatische Einigungen. Fehlt es an der Bereitschaft zum Konsens, dann gibt es keine Lösungen.

f) Datenschutzfreundliche Technikgestaltung und Voreinstellungen

Die DSGVO verpflichtet die Verantwortlichen ausdrücklich zu datenschutzfreundlicher Technikgestaltung (Privacy by Design) oder entsprechenden Voreinstellungen (Privacy by Default) (Art. 25). Die Entwicklung solcher technischer und organisatorischer Maßnahmen, die den Datenschutz von vornherein garantieren sollen, muss notwendigerweise von den datenverarbeitenden Stellen selbst betrieben werden. Keine Datenschutzaufsichtsbehörde kann ihnen diese Gestaltungsaufgabe abnehmen, und auch eine Beteiligung oder Beratung – die ja ins Detail der Technik- und Verfahrensgestaltung gehen müsste – kann auf dieser Stufe der Entwicklung nicht verlangt werden. Die LDA ist daher also nicht verpflichtet, solche Beratung anzubieten. Sie muss sich nur darüber informieren, welche Gestaltungsmöglichkeiten es gibt, und dieses Wissen in konkreten Prüfungs- und Beratungsverfahren zur Geltung bringen.

Dieser zurückhaltenden Linie steht auch nicht Art. 31 DSGVO entgegen. Er lautet lapidar: „Der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter und gegebenenfalls deren Vertreter arbeiten auf Anfrage mit der Aufsichtsbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zusammen“. Diese Vorschrift, die sich im allgemeinen Abschnitt 1 des IV. Kapitels („Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter“) findet, wird durch die spezielleren des VI. Kapitels (Unabhängige Aufsichtsbehörden“) verdrängt. Sie lässt im Übrigen alle praktisch bedeutsamen Fragen offen. Was die Pflicht zur „Zusammenarbeit bei der Aufgabenerfüllung“ im konkreten Zusammenhang wie hier bei der Verfahrensgestaltung bedeutet, ist unklar. Zu bedenken ist jedenfalls, dass der Verantwortliche nach richtigem Verständnis der Norm gar keine „Aufgaben“ oder „Pflichten“ zur angemessenen Verfahrensausgestaltung hat, sondern nur „Obliegenheiten“: Wenn er die Art und Weise der Datenverarbeitung technisch-organisatorisch nicht richtig gestaltet, riskiert er Sanktionen nach Art. 58 und 83 (vgl. insbesondere Art. 83 Abs. 4 Buchstabe a, wo Art. 25 ausdrücklich genannt ist).

g) Materielle Einschränkungen der Datenverarbeitung?

Bei Betrachtung der zahlreichen Vorschriften, die die DSGVO enthält, könnte der Eindruck entstehen, dass die Datenverarbeitung in Wirtschaft und Verwaltung künftig

wesentlich eingeschränkt werden wird. Das ist jedoch nicht zu erwarten. Die materiellen Vorschriften der DSGVO, also die Normen über die Zulässigkeit der Datenverarbeitung (Art. 5-11 DSGVO), sind in zentralen Teilen so weit und unbestimmt gefasst, dass der Umgang mit personenbezogenen Daten im ganz überwiegenden Teil der Fälle – wie bisher – rechtmäßig sein wird.⁴⁴ Der Anspruch der europäischen Rechtsetzer, so gut wie alle irgend relevanten Formen der Sammlung und Verwendung persönlicher Daten zu regulieren, kann das auch gar nicht anders sein. Es widerspräche auch dem Sinn der DSGVO, ihr eine generell einschränkende Zielrichtung zu unterstellen; die DSGVO soll ja auch dem freien Verkehr personenbezogener Daten dienen (Art. 1 Abs. 1!). Man hat versucht, die fehlende Bestimmtheit der materiellen Grundsätze durch konkrete Vorschriften formeller und prozessualer Art, insbesondere zu Technik und Organisation der Datenverarbeitung, zu kompensieren. Ob diese Methode zu spürbaren Verbesserungen des Datenschutzniveaus führen wird, ist ungewiss.

5. Unabhängigkeit der LDA als Leitlinie der Haushaltsaufstellung

a) Die Rechtslage nach der DSGVO und der EuGH-Rechtsprechung

Die DSGVO betont die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden und verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, „dass jede Aufsichtsbehörde mit den personellen, technischen und finanziellen Ressourcen, Räumlichkeiten und Infrastrukturen ausgestattet wird, die sie benötigt, um ihre Aufgaben und Befugnisse auch im Rahmen der Amtshilfe, Zusammenarbeit und Mitwirkung im Ausschuss effektiv wahrnehmen zu können“ (Art. 52 Abs. 4). Die Aufsichtsbehörde unterliegt nach Art. 52 Abs. 6 DSGVO „einer Finanzkontrolle, die ihre Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt“, und verfügt über „eigene, öffentliche, jährliche Haushaltspläne, die Teil des gesamten Staatshaushalts oder nationalen Haushalts sein können“. Der EuGH hat zwar entschieden, dass die Aufsichtsbehörde (in jenem Fall die österreichische Datenschutzkommission) nicht über eine eigene „Haushaltslinie“ verfügen muss, sondern „haushaltsrechtlich einem bestimmten Ressort zugeordnet“ werden kann.⁴⁵ Die Zuweisung der benötigten Mittel dürfe die Aufsichtsbehörde aber nicht daran hindern, ihre Aufgaben „in völliger Unabhängigkeit“ im Sinne von Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 95/46 wahrzunehmen.⁴⁶ Damit ist das Urteil des EuGH vom 9. März 2010 in Bezug genommen, in dem die „völlige Unabhängigkeit“ der Datenschutzaufsicht nach der EG-Datenschutz-Richtlinie bekräftigt wurde.⁴⁷ Der EuGH meint, dass nicht nur die Unabhängigkeit von den zu kontrollierenden Stellen gesichert, sondern dass jede Form von Einflussnahme Außenstehender auf die Kontrolltätigkeit der Aufsichtsbehörden ausgeschlossen sein müsse.⁴⁸ Diese

⁴⁴ Das kann hier nicht näher begründet werden; vgl. dazu etwa meine Schrift: Sinn und Unsinn des Datenschutzes, Tübingen 2015, S. 104 ff. Im Ergebnis ebenso Alexander Roßnagel, Wie zukunftsfähig ist die Datenschutz-Grundverordnung?, in: DuD 2016, S. 561 ff. (563 f.). Roßnagel kritisiert die „Unterkomplexität“ der DSGVO: „Der Regelungsansatz der Verordnung verkennt schon im Grundsatz die Breite, Tiefe und Komplexität der Aufgabe“ (aaO. S. 564); „gerade die spezifischen Grundrechtsrisiken“ werden „verfehlt“ (S. 565).

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 16. 12. 2012, Rs C-614/10, Rn. 58.

⁴⁶ EuGH ebd. (vorige Fn.).

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 9. 3. 2010, Rs. C-518/07 (Kommission / Deutschland). Mehr dazu unten zu V. 2.

⁴⁸ EuGH aaO. (vorige Fn.), Rn. 34 ff. Zur Kritik dieses Urteils vgl. u.a. Eike Michael Frenzel, „Völlige Unabhängigkeit“ im demokratischen Rechtsstaat, DÖV 2010, 925; H. P. Bull, Die „völlig unabhängige“ Aufsichtsbehörde, EuZW 2010, 488 ff.; zusammenfassend Heinrich Amadeus Wolff, Die „völlig

Auffassung von Unabhängigkeit einer staatlichen Behörde ist in der Literatur vielfach unkritisch übernommen⁴⁹ und vom deutschen Gesetzgeber pflichtgemäß befolgt worden, sie wird aber von einigen Autoren entschieden abgelehnt, weil sie mit dem Gebot demokratischer Legitimation allen staatlichen Handelns unvereinbar ist.⁵⁰

Für die hier zu behandelnde Frage ist entscheidend, ob die Aufsichtsbehörde verlangen kann, diejenigen Mittel zugewiesen zu erhalten, die sie selbst für erforderlich hält. Das ist nicht der Fall.⁵¹ Selbst wenn man die Versagung für notwendig gehaltener Mittel als eine Form mittelbarer Einflussnahme auf die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde ansehen wollte, stünde dem die Haushaltskompetenz des Parlaments entgegen. Eine solche „Einflussnahme“ muss notwendigerweise ausgeübt werden. Das Parlament muss die verschiedenen Haushaltsanmeldungen gegeneinander abwägen und in einem Gesamtkonzept zum Ausgleich bringen. In diesem Rahmen kann es keine Vorab-Ansprüche einzelner Behörden geben; nicht einmal die Gerichte, deren Unabhängigkeit noch bedeutsamer ist, genießen ein solches Vorrecht. Auch eine Vorprüfung durch die Landtagsverwaltung und/oder das Finanzministerium ist verfassungs- oder europarechtlich nicht verboten. Sie entlastet die Abgeordneten von Vorbereitungsarbeiten, die von anderen besser erledigt werden können als von den politisch Verantwortlichen, die sich auf das Wesentliche konzentrieren müssen. Unter Umständen sind dazu Nachfragen und Nachprüfungen erforderlich, die vor der eigentlichen parlamentarischen Beratung erledigt werden müssen. Haushaltsausschuss und Plenum haben ihrerseits den Maßstab der europarechtlich definierten Notwendigkeit zu beachten – so wie sie ihn kraft ihres demokratisch legitimierten Amtes interpretieren.

Einzelheiten des Verfahrens der Haushaltsaufstellung und der Bewirtschaftung der Mittel sind möglicherweise mit der Unabhängigkeit der LDA nicht vereinbar; diese Problematik wird unten zu V. 2. erörtert.

b) Konsequenzen für die Haushaltsentscheidung des Parlaments

Als unabhängige Kontrollinstanz muss die LDA selbst entscheiden können, welche der ihr rechtlich vorgegebenen Ziele ihre Behörde vorrangig verfolgen soll. Für die Entscheidung über die Bereitstellung von Mitteln muss es jedoch eine Rolle spielen, ob diese Ziele zu den gesetzlichen Aufgaben der LDA gehören. Der Haushaltsgesetzgeber ist nicht verpflichtet, als angemessene Ausstattung der Behörde auch solche Personalstellen anzusehen, die aus dem Rahmen des gesetzlichen Aufgabenkataloges herausfallen oder die – zugespitzt gesagt – es der LDA

unabhängige“ Aufsichtsbehörde, in: Veith Mehde/Ulrich Ramsauer/Margrit Seckelmann (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information, Berlin 2011, S. 1070-1085 m.w.N. (insbes. S. 1087 Fn. 2). S.a. Kai von Lewinski, Unabhängigkeit des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG) 2015, S. 228 ff.

⁴⁹ Z.B.: Sarah Thomé, Reform der Datenschutzaufsicht. Effektiver Rechtsschutz durch verselbstständigte Aufsichtsbehörden, 2015; Hans-Hermann Schild, Die völlige Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden aus europarechtlicher Sicht, DuD 2010, 549 ff.

⁵⁰ Vgl. oben Fn. 48 sowie (bereits vor dem Urteil): Kurt Faßbender, Die Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie als Nagelprobe für das Demokratieprinzip deutscher Prägung, RDV 2009, Heft 3. Entschieden kritisch auch Johannes Masing, Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, 2305 (2311). Der an dem Verfahren gegen Deutschland beteiligte Generalanwalt Mazak hatte hervorgehoben, dass die Kontrolle der Recht- und Zweckmäßigkeit der Tätigkeit der Datenschutzbeauftragten Vorrang vor deren Unabhängigkeit habe (Schlussanträge Rn. 30 ff.).

⁵¹ So auch von Lewinski (Fn. 48), ZG 2015, 228 (240).

ermöglichen sollen, ihre „Steckenpferde“ zu pflegen, Unmögliches anzustreben oder einen Sonderweg zu gehen, der erkennbar in eine Sackgasse führt. Unmöglich wäre es z.B., eine „hundertprozentige“ Kontrolldichte anzustreben, also eine flächendeckende Kontrolle aller Informationsvorgänge durchzuführen, die vom Datenschutzrecht erfasst werden. In der Literatur wird zwar der Vergleich zwischen der Datenschutzaufsicht und der Steuerprüfung gezogen, und es wird zum Ziel der Prüfungstätigkeit erklärt, *alle* Unternehmen in nicht zu langen Abständen einer systematischen, anlasslosen Prüfung zu unterziehen.⁵² Dieses Ziel ist nicht nur illusorisch, sondern von vornherein unangemessen, weil es von der Annahme ausgeht, dass jede datenverarbeitende Stelle, die nicht regelmäßig kontrolliert wird, Rechtsverstöße begeht. Fehler und bewusste Verstöße bei der Deklaration steuerpflichtiger Einnahmen sind weit verbreitet; fast jeder Teilnehmer am Wirtschaftsleben ist der Versuchung ausgesetzt, unvollständige Angaben zu machen, und Steuerhinterziehung galt jahrzehntelang als eine Art „Volkssport“. Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sind die Anreize zum Fehlverhalten wesentlich geringer. Die Prüfungsergebnisse der Datenschutzbehörden⁵³ rechtfertigen – anders als die der Steuerprüfer – keine Vollkontrolle jeglichen Umgangs mit personenbezogenen Daten.

Bei der Aufstellung des Haushalts ist es ein weiteres legitimes Ziel, ein angemessenes Verhältnis der verschiedenen staatlichen Aufgabenbereiche zueinander herzustellen, das sich dann in der Personalausstattung spiegelt. In der Öffentlichkeit wird der Datenschutz als hochrangig, vielfach geradezu als alle anderen Werte überragend angesehen. Das Bundesverfassungsgericht hat den hohen Rang von Datenschutz und Datenschutzkontrolle mehrfach bekräftigt. So heißt es schon im Volkszählungs-Urteil von 1983, die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter sei „von erheblicher Bedeutung für einen effektiven Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“.⁵⁴ In einer jüngeren Entscheidung wird ausgeführt, „Anforderungen an die aufsichtliche Kontrolle“ könnten „zu den Voraussetzungen einer verhältnismäßigen Ausgestaltung der Datenverarbeitung“ gehören.⁵⁵ In den Medien und häufig auch in Äußerungen der Datenschutzbeauftragten wird aus diesen verfassungsrechtlichen Aussagen der Schluss gezogen, dass ohne eine starke unabhängige Datenschutzkontrolle „die Grundrechte der Bürger“ gefährdet seien. Auch der EuGH hat, wie schon erwähnt, die Datenschutz-Kontrollstellen seien „Hüter des Rechts auf Privatsphäre“ bezeichnet.⁵⁶

Die informationelle Selbstbestimmung wird aber in solchen allgemeinen Bekenntnissen zur herausragenden Bedeutung des Datenschutzes ebenso regelmäßig nicht gegen das Gewicht anderer Schutzgüter abgewogen.⁵⁷ Die „Heiligsprechung“ der Kontrollstellen wird in der Literatur zutreffend als „rechtsethische Überhöhung einer Behörde“ und als „deutlich übertrieben“ bezeichnet.⁵⁸ Der besonders hohe Rang wird

⁵² In diesem Sinne Christiane Schulzki-Haddouti, Des Kaisers neue Kleider – Wie sieht eine angemessene Datenschutzkontrolle aus?, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Zukunft der informationellen Selbstbestimmung, Berlin 2016, S. 111 ff. (116).

⁵³ S. oben zu II. 2. b mit Fn. 3-7 und zu II. 3. mit Fn. 21 und 22.

⁵⁴ BVerfGE 65, 1 (46).

⁵⁵ BVerfGE 133, 277 (366).

⁵⁶ EuGH, U. v. 9. März 2010, EuZW 2010, 296; dazu auch unten zu V. 2.

⁵⁷ Warum eigentlich die Aufsicht über die Datenverarbeitung unabhängiger sein soll als die Gewerbeaufsicht sonst oder die Aufsicht über die Beachtung von Umweltrechtsvorschriften, fragt auch Masing (oben Fn. 50), NJW 2012, 2311.

⁵⁸ Wolff (Fn. 48), S. 1080.

zwar damit begründet, dass der Datenschutz verfassungsrechtlich (auch) aus dem Gebot der Achtung der Menschenwürde herzuleiten sei. Andere Grundrechte haben aber einen gleich hohen Rang, so das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, aber auch die Meinungs- und die Religionsfreiheit; auch sie stehen inhaltlich mit der Menschenwürde in Verbindung und sind – wie die Freiheit des Glaubens und der Religionsausübung – in der Vergangenheit zeitweise als höchstrangig angesehen worden.⁵⁹

Daraus folgt, dass die Ausstattung der Datenschutzaufsichtsbehörden nicht zwingend besser sein muss als etwa die von Umweltschutzbehörden, der Lebensmittel- und Chemikalienkontrolle, der Tierseuchenbekämpfung. Wenn Gewässer verunreinigt werden, die Luft durch Immissionen gesundheitsgefährlich verschlechtert wird und Verkehrslärm die Ruhe vieler Menschen stört, sind „die Grundrechte“ der Bürger nicht weniger beeinträchtigt als wenn Behörden oder Unternehmen personenbezogene Daten unangemessen nutzen. In diesen Fällen ist mindestens eine gleich effektive Kontrolle etwa der Einhaltung von Grenzwerten gefordert wie nach Datenschutzrecht eine wirksame Kontrolle der Polizei.

⁵⁹ Vgl. die Auseinandersetzung über die Bedeutung der Religions- und Gewissensfreiheit als ursprüngliches Menschenrecht: Georg Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1919/1927), in: Roman Schnur (Hrsg.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964, S. 1 ff., und weitere Beiträge ebd.

III. Das Personalkonzept der LDA zur Umsetzung der EU-Datenschutz-Grundverordnung im Einzelnen

Die tatsächliche Personalausstattung von Behörden ist vielfach das Ergebnis politischer Ermessensentscheidungen, länderspezifischer Entwicklungen – etwa wenn ein Land eine Pionierrolle bei einer neuen Aufgabe wahrgenommen hat, wie es Hessen beim Datenschutz getan hat – oder im Zeitablauf wechselnder Präferenzen der Haushaltsgesetzgeber. Sie folgt jedenfalls nicht durchgängig fachlichen Kriterien und kann vielfach nachträglich nur schwer korrigiert werden. Gleichwohl muss versucht werden, die notwendigen politischen Entscheidungen möglichst überzeugend zu begründen. Dazu können Methoden der betriebswirtschaftlichen Personalbemessung herangezogen werden. Es kann aber auch angebracht sein und ist jedenfalls legitim, wenn die Entscheidungen über die Zuweisung von Mitteln nach der Einschätzung der Bedeutung der jeweiligen Aufgaben durch die politisch Verantwortlichen erfolgen – solange die Mittel ausreichen, um die gesetzlichen Aufgaben der jeweiligen Stelle angemessen zu erfüllen.

Hier sollen zunächst die tatsächlichen Verhältnisse dargelegt werden, von denen die aktuelle Bewertung der Personalforderungen ausgehen muss (s. unten 1.). Sodann werden die Argumente geprüft, die von der LDA in ihrem Personalkonzept vorgetragen worden sind (unten 2.). Im Anschluss daran werden weitere Argumente für eine Personalverstärkung bei der LDA erörtert, und es wird versucht, deren etwa notwendigen Umfang zu umreißen (unten 3.). Es folgt die Prüfung von Alternativen, die eventuell anstelle einer Personalvermehrung in Betracht kommen (4. und 5.).

1. Die aktuelle Personalausstattung der Behörde im Vergleich mit anderen Datenschutz-Aufsichtsbehörden

a) Die tatsächliche Ausstattung der LDA

Die LDA verfügt gegenwärtig zur Erfüllung ihrer Aufgaben über 24 Stellen (10 Beamte und 14 Tarif-Beschäftigte).⁶⁰ Drei davon sind im Aufgabenbereich „Recht auf Akteneinsicht“ tätig, der hier nicht betroffen ist. Basis eines Vergleiches mit anderen Datenschutz-Aufsichtsbehörden und Berechnungsgrundlage für Mehrbedarfe sind also 21 Stellen, die die Aufgaben nach dem BbgDSG und dem BDSG erfüllen. Zieht man hiervon die Stellen für Servicekräfte und die eigene Haushalts- und Personalverwaltung ab, so bleiben für die Sachaufgabe Datenschutz nur 16,5 Vollzeitäquivalente (VZÄ) einschließlich der Stelle der LDA selbst.⁶¹

Die Stellen sind überwiegend in die Besoldungs- bzw. Entgeltgruppen A/E 13 - 15 eingeordnet (dazu unten IV.).

b) Die Ausstattung der Datenschutz-Aufsichtsbehörden im bundesweiten Vergleich

⁶⁰ Eine Stelle ist derzeit unbesetzt, eine zusätzliche Stelle, die aus restlichen Personalmitteln bezahlt wird, läuft am 31.8.2016 aus.

⁶¹ Angabe in den Anmerkungen der LDA zum Gutachtenentwurf (Fn.1), S. 6.

Bevor eine vergleichende Betrachtung der Arbeitsbelastung erfolgt, sei zunächst die tatsächliche personelle Ausstattung der Datenschutzbeauftragten und Datenschutzaufsichtsbehörden für alle Länder im Überblick dargestellt.⁶²

Nach einer Länderumfrage des Berliner Landesbeauftragten im Jahre 2014, die der Hamburgische Beauftragte in seinem 25. Tätigkeitsbericht 2014/2015⁶³ mitgeteilt hat, steht die Brandenburgische LDA nach ihrer Personalausstattung auf dem 9. von 16 Plätzen. In dieser Liste, aus der die Stellen für Service und Eigenverwaltung nicht herausgerechnet werden können, ist die Reihenfolge wie folgt:

1. NRW mit 53 Vollzeitäquivalenten (VZÄ),
2. Bayern (Landesamt für Datenschutzaufsicht [LDA] und Landesbeauftragter für den Datenschutz zusammen) mit 50 VZÄ,
3. Hessen mit 44,5 VZÄ,
4. Berlin mit 39 VZÄ,
5. Niedersachsen mit 33,6 VZÄ,
6. Baden-Württemberg mit 32,5 VZÄ,
7. Schleswig-Holstein mit 28 VZÄ,
8. Brandenburg mit 23 VZÄ,
9. Sachsen mit 22 VZÄ,
10. Sachsen-Anhalt mit 22 VZÄ,
11. Rheinland-Pfalz mit 20 VZÄ,⁶⁴
12. Thüringen mit 19 VZÄ,
13. Hamburg mit 16,4 VZÄ,⁶⁵
14. Mecklenburg-Vorpommern mit 14 VZÄ,⁶⁶
15. Saarland mit 13 VZÄ,
16. Bremen mit 12,8 VZÄ.

Auf Vollzeitstellen – also gleichbedeutend mit Vollzeitäquivalenten – beziehen sich auch die Angaben, die Lüdemann und Wenzel im September 2015 bei den Datenschutzbehörden erhoben haben, und zwar jeweils ausschließlich für den Bereich Datenschutz.⁶⁷ Hier ergibt sich eine etwas veränderte Reihenfolge, nämlich:

1. Berlin mit 37 VZÄ,
2. Niedersachsen mit 35,6 VZÄ,
3. NRW mit 35,5 VZÄ,

⁶² Einen solchen Vergleich hat auch Christiane Schulzki-Haddouti (Fn. 52) angestellt: Sie hat für 2015 u.a. die Datenschutz-Ausgaben der Länder pro Einwohner errechnet (S. 113 f.) – diese Relation besagt freilich wenig darüber, ob die Ausstattung ausreicht. Zumindest die Wirtschaftsstruktur muss beachtet werden.

⁶³ 25. TB Datenschutz, Februar 2016, S. 288 (mit einer Klarstellung für Hamburg selbst; in der Tabelle sind für Hamburg bereits die zusätzlich geforderten Stellen eingerechnet, während die anderen Datenschutzbehörden mit ihrem Personalbestand angeführt sind).

⁶⁴ Diese Angabe („knapp 20 Vollzeitstellen“) wird in einem Pressebericht bestätigt (Saarbrücker Zeitung/Pfälzischer Merkur vom 20.6.2016).

⁶⁵ Nach dem im Internet zugänglichen Organigramm des Hamburgischen Beauftragten (Stand 4.1.2016) verfügt er aber über 21 Stellen (ohne das Referat „Informationsfreiheit und Videoüberwachung“).

⁶⁶ Nach dem Organigramm im 12. TB des LfD Mecklenburg-Vorpommern 2014/2015 (LT-Drs. 6/5356 v. 3.5.2016, S. 129) sind in der Dienststelle 20 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt; die Differenz zu den angegebenen VZÄ erklärt sich vermutlich dadurch, dass darunter mehrere Teilzeitbeschäftigte sind.

⁶⁷ Lüdemann/ Wenzel (Fn. 15), RDV 2015, S. 285 ff.

4. Bayern mit 33,8 VZÄ,⁶⁸
5. Hessen mit 32 VZÄ,
6. Brandenburg mit 24 VZÄ,⁶⁹
7. Sachsen mit 19 VZÄ,
8. Baden-Württemberg mit 18,5 VZÄ,
9. Rheinland-Pfalz mit 18 VZÄ,⁷⁰
10. Schleswig-Holstein mit 15 VZÄ,⁷¹
11. Thüringen mit 13,5 VZÄ,
12. Bremen mit 13,1 VZÄ,
- 13./14. Saarland und Sachsen-Anhalt mit jeweils 12,5 VZÄ,
15. Hamburg mit 12,35 VZÄ,
16. Mecklenburg-Vorpommern mit 11,25 VZÄ.

Die Unterschiede zwischen diesen Übersichten erklären sich z.T. durch Veränderungen (Personalzuwächse), die in der Zeit zwischen den beiden Erhebungen erfolgt sind, z.T. durch unterschiedliche Einrechnung der dem Bereich Informationsfreiheit (Akteneinsicht) und/oder der Eigenverwaltung der jeweiligen Dienststelle zugeordneten Stellen.

Aus den Übersichten folgt übereinstimmend, dass jedenfalls die Datenschutzbehörden in Nordrhein-Westfalen, Berlin, Bayern, Niedersachsen und Hessen relativ (zu den anderen Datenschutzinstanzen) gut ausgestattet sind und die LDA Brandenburg im „Mittelfeld“ (8. bzw. 6. Platz) eingeordnet werden kann.

Nach Bevölkerungszahl, Flächengröße und Wirtschaftsstruktur am ehesten mit Brandenburg vergleichbar sind die Länder Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen-Anhalt, in denen die Landesdatenschutzbehörden eher schwächer ausgestattet sind als in den anderen Ländern. Das ebenfalls nicht besonders gut ausgestattete Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) gilt als besonders aktiv und erfolgreich, nicht zuletzt weil es mit der Datenschutz-Akademie und der Zertifizierung von Verarbeitungsverfahren Leistungen erbringt, die von anderen nicht erbracht werden.⁷² Die Datenschutzbehörden von Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt und Thüringen, aber auch Hamburg sind mit weniger Personal versorgt als die LDA Brandenburg.

⁶⁸ LfD 17,8 + LDA 16 VZÄ. Vgl. a. 6. TB des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht für die Jahre 2013 und 2014 S. 11, wonach „nach wie vor“ „auf 16 Planstellen 17 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt“ sind.

⁶⁹ Hier sind offensichtlich die für den Bereich Akteneinsicht vorhandenen Stellen eingerechnet; die Zahl für den Bereich Datenschutz ist, wie schon ausgeführt, niedriger, nämlich 21. An der Platzierung in dieser Liste ändert sich dadurch aber nichts.

⁷⁰ Vgl. dazu aber oben Fn. 64.

⁷¹ Nach Auskunft der Leiterin der ULD vom 8.7.2016 sind nur diese 15 Stellen für den Bereich Datenschutz vorhanden; die 13 weiteren Stellen, die in der anderen Erhebung genannt sind, verteilen sich auf die Landesbeauftragte selbst und die Bereiche Informationsfreiheit; Auditierung und Zertifizierung; Datenschutz-Folgenabschätzung und Vorabkontrolle; Informationstechnik; Datenschutz durch Technikgestaltung; Bildung und Öffentlichkeitsarbeit, Kommunikation mit behördlichen und betrieblichen DSB, Beratung von Bürgerinnen und Bürgern (u.a. zu Selbstschutz); Servicekräfte in den genannten Bereichen sowie 1 Stelle Altersfreizeit, die mehrere Jahre nicht besetzt werden darf. Abweichend von dieser Aufgliederung werden in diesem Gutachten ein großer Teil der genannten Arbeitsgebiete der Aufgabe „Datenschutz“ zugeordnet.

⁷² S. nochmals die vorige Fn.

Der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit standen im Juni 2015 87 Stellen zur Verfügung, davon 61 für den Bereich Datenschutz;⁷³ derzeit sind 110,5 Stellen verfügbar, davon ca. 85 für den Bereich Datenschutz.⁷⁴ Diese Behörde hat einen deutlich größeren Zuständigkeitsbereich als die Landesbeauftragten für den Datenschutz. Sie kontrolliert die gesamte Bundesverwaltung, darunter eine Reihe sehr großer Behörden wie die Bundesagentur für Arbeit, die Deutsche Rentenversicherung Bund, das Bundeskriminalamt, das Bundesamt für Verfassungsschutz und den Bundesnachrichtendienst sowie Datenverarbeitungszentren wie das Bundesverwaltungsamt, das Bundesamt für Steuern und das Bundesamt für Justiz. Mit ihren Kontrollen bei den Sicherheitsbehörden soll die Bundesbeauftragte den Ausfall der gerichtlichen Kontrolle kompensieren, der wegen der notwendigen Geheimhaltung gegenüber den Betroffenen unvermeidlich ist.⁷⁵ Im Bereich der nicht-öffentlichen Datenverarbeitung liegt zwar das Schwergewicht der Kontrolle bei den Landes-Aufsichtsbehörden, die Bundesbeauftragte ist aber die zuständige Aufsichtsbehörde für die große Zahl der Postdienstleister und Telekommunikationsunternehmen.⁷⁶

Die Unterschiede in der Ausstattung der Datenschutzbehörden sind teils zufällig, teils durch politische Entscheidungen der jeweiligen Parlamente begründet. Zu pauschal und nicht hinreichend begründet ist die Behauptung, die Datenschutzbehörden seien generell „um den Faktor Drei bis Fünf personell zu schlecht ausgestattet“.⁷⁷ Die tatsächliche Ausstattung eignet sich als Anhaltspunkt für die anzustrebende Personalausstattung, weil die Datenschutzbehörden die gleichen Aufgaben im Wesentlichen angemessen erfüllen und weil die Finanzlage fast aller Länder ähnlich angespannt ist, so dass bei der Verteilung der Mittel überall Kompromisse eingegangen werden müssen. Zwar sollen Ungerechtigkeiten ausgeglichen werden, aber wenn die Maßstäbe so ungenau sind, wie es nach dem Gesagten hier der Fall ist, taugt ein Vergleich mit ähnlich belasteten Behörden immerhin zu einer groben Einschätzung der Proportionen.

Danach ist die Dienststelle der LDA nicht auffallend schlecht ausgestattet. Sie steht sogar besser da als einige andere Datenschutzbehörden, die infolge der Wirtschaftsstruktur ihres Landes in ähnlicher Lage sind wie die LDA. Die Hamburger Behörde ist deutlich schlechter ausgestattet, obwohl sie für Google Deutschland, Facebook sowie für 9000 weitere Internetfirmen und viele Medienunternehmen zuständig ist.⁷⁸ Die Bundesbeauftragte nimmt wegen ihres deutlich größeren

⁷³ 25. TB der BfDI 2013/2014, Berlin 2015, S. 232; Lüdemann/Wenzel (Fn. 15), RDV 2015, 287.

⁷⁴ Telefonische Auskunft des Leitenden Beamten an den Gutachter vom 12.7.2016 und ergänzende Mail vom 26.7. Eine genaue Trennung zwischen datenschutzrechtlichen und organisatorischen Zuständigkeiten ist dabei nicht möglich.

⁷⁵ Vgl. dazu BVerfGE 133, 277 (366 f., 370) Rn. 207, 217 (Antiterrordatei), dort S. 370 Rn. 216 auch zur Zusammenarbeit mit den Landesbeauftragten in diesem Bereich (Gebot der „kontrollierenden Kooperation zugunsten des Datenschutzes“ als Gegengewicht zur „informationellen Kooperation der Sicherheitsbehörden“).

⁷⁶ Vgl. § 42 Abs. 3 PostG, § 115 Abs. 4 TKG.

⁷⁷ Schulzki-Haddouti (Fn. 52), S. 113. Vergleichsmaßstab ist hier die Ausstattung des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik. Es ist keineswegs geboten, dass die sechzehn Datenschutzkontrollbehörden der Länder (relativ) gleich viel Personal haben sollen wie die zentrale Bundeseinrichtung, die sich auf höchstem Niveau mit der Entwicklung der Informationstechnik zu befassen hat.

⁷⁸ So die Angabe in: HmbBfDI, 2. TB Datenschutz 2014/2015, Februar 2016, S. 270.

Zuständigkeitsbereichs eine besondere Rolle ein; ihr Personalbedarf ist notwendigerweise größer als der einer Landesdatenschutzbehörde.

c) Die Forderungen nach Personalverstärkung

Die Bundesbeauftragte und die meisten Landesbeauftragten haben eine personelle Verstärkung ihrer Dienststelle gefordert, sind damit aber teilweise ohne Erfolg geblieben.

Die Dienststelle der Bundesbeauftragten ist zu einer obersten Bundesbehörde umgewandelt worden und hat im Zuge dieser Maßnahme eine Reihe neuer Stellen erhalten;⁷⁹ darüber hinaus verhandelt die Bundesbeauftragte über weitere Personalverstärkungen auch im Hinblick auf die DSGVO.⁸⁰ Die Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit räumt ein, dass der Haushaltsgesetzgeber ihren Wünschen für den Doppelhaushalt 2016/2017 „in großen Teilen entsprochen“ habe, sieht allerdings für 2018 einen „erheblichen Mehraufwand“ auf die Dienststelle zukommen; Zahlen nennt sie nicht.⁸¹ Der Landesbeauftragte von Mecklenburg-Vorpommern berichtet, seine Bemühungen um Personalaufstockung hätten nur zu „spärlichen bis abweisenden Reaktionen“ geführt.⁸² Der nordrhein-westfälische Landesbeauftragte spricht von seinen Personalforderungen nur ganz allgemein, ohne Zahlenangaben.⁸³ Der Landesbeauftragte von Sachsen-Anhalt beklagt, dass die beantragte Stelle eines Medienpädagogen abgelehnt und für 2015/2016 nur eine Referentenstelle für den nicht-öffentlichen Bereich bewilligt worden sei; eine zusätzlich angemeldete Juristenstelle für E-Government und Innere Sicherheit sei ebenfalls abgelehnt worden.⁸⁴ Der Rheinland-Pfälzische Datenschutzbeauftragte hat nach einer Pressemeldung zu seinen „knapp 20“ Vollzeitstellen weitere „fünf bis zehn“ gefordert.⁸⁵ Der Thüringer Landesbeauftragte erhebt angesichts steigender Eingangszahlen ebenfalls die Forderung nach Personalverstärkung, ohne sie aber zu spezifizieren; seine Dienststelle arbeite „am Anschlag“.⁸⁶

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit hat in seinem Bericht von Februar 2016 ausführlich und differenziert über die Zunahme der Eingänge und das Anwachsen der Arbeitslast.⁸⁷ Er verweist u.a. darauf, dass von seinen Mitarbeitern im Jahr 2014 etwa 80 datenschutzrechtliche Eingaben pro VZÄ bearbeitet worden sind, während diese Relation z.B. beim Berliner Beauftragten 1 : 32 betragen habe.⁸⁸ Auf der Grundlage dieser ausführlichen Begründung hat der Hamburger Beauftragte eine Personalverstärkung in Höhe von 11,5 VZÄ gefordert. Ihm war dabei „bewusst, dass angesichts der gegenwärtigen Situation der öffentlichen Haushalte eine einmalige hohe Aufstockung des Personals um 11,5 Stellen aller Voraussicht nach nicht umgesetzt werden kann“. Zudem ließen sich „vor der

⁷⁹ Bundestags-Drucksache 18/2848, S. 14 (2 Stellen, die vom BMI auf die BfDI verlagert werden, sowie 4 neue Stellen für die Organisationsänderung).

⁸⁰ Vgl. Fn. 73.

⁸¹ Bericht der Beauftragten zum 31.12.2015 (v. 23.3.2016), S. 196.

⁸² 12. TB 2014/2015 (LT-Drs. 6/5356 v. 3.5.2016), S. 10.

⁸³ 22. TB 2013/2014 v. 13.5.2015, S. 11. Seine Ausstattung ist bereits vor einiger Zeit verbessert worden.

⁸⁴ XII. TB (LT-Drs. 6/4812) vom 18.2.2016, S. 10 und 14.

⁸⁵ Saarbrücker Zeitung vom 20.6.2016 (s. oben Fn. 64).

⁸⁶ 11. TB v. 25.5.2016, Bd. 1 S. 22.

⁸⁷ HmbBfDI, 2. TB Datenschutz 2014/2015, S. 268-286.

⁸⁸ Ebd. S. 270 f.

Umsetzung der Europäischen Datenschutzgrundverordnung Aussagen über künftige Personalmehrbedarfe, die in diesem Zusammenhang entstehen werden, nicht abschließend treffen“. Er sei daher bereit, „die erforderliche Personalaufstockung von 11,5 VZÄ um jeweils 0,5 VZÄ pro Referat zu kürzen und zunächst zurückzustellen“. Es bleibe somit bei einer Forderung nach Verstärkung des Personals beim HmbBfDI um 8,5 VZÄ (mit Personalkosten von 672.682 Euro plus Folgekosten).⁸⁹ Würde diese Forderung erfüllt, so würde der HmbBfDI im „Ranking“ der Landesdatenschutzbeauftragten von seinem jetzigen 13. Platz auf den 8. Rang verbessern, stünde also um einen Platz vor der brandenburgischen LDA.⁹⁰ Der Vorstoß des HmbBfDI ist jedoch erfolglos geblieben; auch nach der Umwandlung seiner Behörde in eine oberste Landesbehörde⁹¹ ist seine Stellenausstattung bisher noch nicht verbessert worden.

Das ULD Schleswig-Holstein sieht für die „Umbruchphase“ Personalbedarf in Höhe von insgesamt 8 Stellen und hat daher für den Haushalt 2017 vier Stellen E 14 und 4 Stellen des gehobenen Dienstes angemeldet, womit zugleich der als defizitär empfundenen Personalausstattung in anderen Bereichen, insbesondere im Prüfbereich entgegengewirkt werden soll. Der Personalbedarf ab 2018 könne voraussichtlich durch die für die Umsetzungsphase vorgesehenen Stellen gedeckt werden. „Das während der Umsetzungsphase entstandene Wissen wird für die neuen Aufgaben nutzbar sein“.⁹²

Die umfangreichste Personalvermehrung strebt der Sächsische Datenschutzbeauftragte an. Er verfügt gegenwärtig über 22 Stellen und fordert für den Doppelhaushalt 2017/2018 insgesamt 30 zusätzliche Stellen und 4 Stellenhebungen.⁹³ Im Einzelnen enthält diese Aufstellung: 4 Stellen (3 A 15, 1 E 14) für die „Umsetzungsphase“ (Abschnitt „A“ des Forderungskatalogs), 8 Stellen (1 A 16, 2 A 15, 2 A 13 und je 1 E 12, E 9 und E 5) unter dem Titel „Organisatorische Selbständigkeit – Bildung eines Verwaltungsreferats“ („B“) sowie 18 Stellen (13 A 15, 4 A 14 und 1 A 13) wegen „Aufgabenwuchs durch die DSGVO“ („C“).

Bei den einzelnen Stellen sind jeweils umfassende „Aufgaben“-Beschreibungen angefügt, z.B. „Deckung des Beratungsbedarfs von Unternehmen, Verbänden und Behörden, Abstimmung bzgl. Auslegung der DSGVO mit den übrigen Aufsichtsbehörden in den EU-Mitgliedstaaten“ (so zusammenfassend bei den beiden A 15-Stellen für die Umsetzungsphase), „Öffentlichkeitsarbeit“ und „Vorbereitung der Risiko-Folgenabschätzung und der Datenschutz-Zertifizierung“ (so bei den beiden folgenden Stellen des Abschnitts A. Die Stellen des Abschnitts B sind demgegenüber aufgabenneutral nach organisatorischen Begriffen umschrieben („Referatsleiter/-in“, 2 x „Justiziar/in“, „Sachbearbeiter/in Personal“ bzw. „Haushalt“, „EDV-Administrator“, „Bürosachbearbeiter/in Innerer Dienst/Hausverwaltung/Beschaffungswesen“ sowie „Betriebshandwerker/Kraftfahrer/Bote“). In Abschnitt C sind den geforderten Stellen

⁸⁹ Ebd. S. 287.

⁹⁰ Ebd. S. 288.

⁹¹ Dazu Weiteres unter V. 3.

⁹² E-Mail der Landesbeauftragten an den Verfasser vom 12.7.2016.

⁹³ Anlage 1 zum Vorbereitungspapier zu TOP 3 der Sitzung der Arbeitsgruppe der Landtags-Direktoren am 20. Juni 2016 in Dresden. Die Stellenmehrforderungen stellen nach dem Papier der Arbeitsgruppe einen Zuwachs von fast dem Anderthalbfachen des vorhandenen Personals dar und schlagen mit Mehrausgaben von ungefähr 135 Prozent zu Buche. Die Stelle des Datenschutzbeauftragten soll von B 5 nach B 8, die seines Stellvertreters von B 3 nach B 6 und die zweier Referatsleiter von A 16 nach B 3 gehoben werden.

wiederum „Aufgaben“ zugeordnet, jedoch als „Aufgaben der Aufsichtsbehörde“ überschrieben und mit Begründungen, die den Inhalt der verschiedenen DSGVO-Artikel wiedergeben. So lautet der Begründungstext für eine geforderte A 15-Stelle: „Art. 37: „Der Aufsichtsbehörde ist der behördliche bzw. betriebliche Datenschutzbeauftragte zu melden“, für eine andere: „Art. 58: Der Aufsichtsbehörde sind einfachgesetzliche ausreichende Untersuchungs-, Abhilfe- und Genehmigungsbefugnisse einzuräumen“. Eine A 13-Stelle wird begründet mit: „Registerführung über die behördlichen und betrieblichen Datenschutzbeauftragten“. In dieser Weise soll offenbar erläutert werden, dass für die genannten neuen Vorgänge jeweils eine Stelle erforderlich sei. Die Entgegennahme von Meldungen und die Pflege einzelner Register dürfte aber keinen Beschäftigten voll auslasten. Andererseits wird nur eine Stelle (A 14) für die „Begleitung neuer internationaler technischer Entwicklungen“ angemeldet – eine Daueraufgabe, die der ganzen Dienststelle obliegt.

Die dargestellte Methode der Verknüpfung von neuen Tätigkeiten mit einzelnen Stellen hält also einer genaueren Prüfung nicht stand. Die zu erwartende Arbeitsbelastung ist damit jedenfalls nicht belegt; die Stellenforderung ist im Vergleich mit der Ausstattung anderer Datenschutzbehörden insgesamt zu hoch. Als Orientierungshilfe für die von der LDA geforderte Personalverstärkung sind die Forderungen des Sächsischen Datenschutzbeauftragten daher nicht geeignet.

2. Die Begründung der Personalforderungen im Einzelnen

Um zu einem Urteil über die Personalforderungen der LDA zu gelangen, müssen zunächst die Begründungen, die die LDA in ihrem Personalkonzept anführt, auf ihre rechtliche und praktische Schlüssigkeit und Plausibilität überprüft werden. Diese Prüfung soll im Folgenden durchgeführt werden.

In dem Personalkonzept der LDA werden neun neue Aufgaben der Aufsichtsbehörde aufgeführt, die angeblich durch die DSGVO eingeführt worden sind. Auch die Konferenz der Datenschutzbehörden nennt acht „neue bzw. erweiterte“ Aufgaben, die ihre Forderung nach Personalverstärkung begründen sollen. Die „Aufgaben“ sind in den beiden Papieren unterschiedlich geordnet; überwiegend stimmen die Einordnungen überein, teilweise unterscheiden sie sich im Ergebnis. In der folgenden Stellungnahme werden alle genannten Aspekte berücksichtigt. Ausgegangen wird dabei von dem Personalkonzept der LDA als dem Gegenstand des Gutachtens.

a) „Datenschutzfreundliche Auslegung der DSGVO“

Die LDA begründet ihre Personalforderungen zunächst (unter 2.1 ihres Papiers) damit, dass die DSGVO „eine Vielzahl von allgemein gehaltenen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen“ enthalte. Es werde daher in den nächsten Jahren „eine entscheidende Aufgabe“ sein, diese Generalklauseln und Rechtsbegriffe „datenschutzfreundlich auszulegen“, nämlich mit dem Ziel, das bisherige Datenschutzniveau zu erhalten und die Grundrechte jedes Einzelnen zu wahren. Dringender Bedarf an Auslegung bestehe u.a. schon deswegen, weil die DSGVO keine Regelungen zur Videoüberwachung, zum Scoring und zur Datenverarbeitung durch Auskunftsteilen enthalte. Die Aufgabe der „verbindlichen Auslegung und Interpretation der Verordnung“ könne nur in Kooperation mit den Datenschutzbehörden der übrigen

EU-Mitgliedstaaten effektiv gelöst werden. Wegen sich stetig ändernder rechtlicher und technischer Rahmenbedingungen handle es sich um eine Daueraufgabe.

Auch die DSB-Konferenz nennt in ihrer EntschlieÙung vom 25.5.2016 als einen Aspekt der Aufgabenerweiterung die „europaweit einheitliche Auslegung der Grundverordnung in Bezug auf fehlende Regelungen ... und neue Anforderungen“.

aa) Ist Auslegung eine neue Aufgabe?

Die Auslegung der anzuwendenden Rechtsnormen ist keine eigenständige „Aufgabe“ der LDA. Sie „liefert“, wie die LDA mit Recht ebenfalls ausführt, „inhaltliche Grundlagen für die Bearbeitung der anderen neuen Aufgaben bei der LDA“ – richtig: *aller* bestehenden und künftigen Aufgaben der Behörde. **Nicht die Aufgaben ändern sich, sondern der Maßstab**, an dem die Prüfung der von der LDA zu bearbeitenden datenschutzrechtlichen Fragen auszurichten ist.

Es stellt einen normalen Vorgang dar, dass eine Verwaltungseinheit sich auf neue gesetzliche Vorschriften einzustellen hat. Verwaltungsmitarbeiter werden dazu ausgebildet, sich immer wieder mit neuen Rechtsvorschriften auseinanderzusetzen und sie im Sinne des Gesetzgebers anzuwenden. Personalverstärkung ist kein geeignetes Mittel, neues Recht richtig umzusetzen. Zwar wächst möglicherweise der Aufwand zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben, also der Arbeitsschritte („Funktionen“). Möglich ist aber auch, dass die neuen Vorschriften die Arbeit der Behörde erleichtern – im konkreten Fall werden die neu eingeführten Sanktionsmöglichkeiten der Datenschutzaufsicht größere Effizienz und dadurch größeren Einfluss bei geringerem Einsatz vermitteln.⁹⁴

Der Auslegungsbedarf wächst auch nicht deswegen, weil diese Auslegung – wie die LDA fordert – „datenschutzfreundlich“ ausfallen soll. Die Qualität der Auslegung hängt nicht von der Zahl der beteiligten Behördenmitarbeiter ab.

Die Änderung der Rechtsgrundlagen, nach denen eine Behörde zu entscheiden hat, ist zunächst durch interne Maßnahmen auszugleichen. Das vorhandene Personal kann nicht nach den alten Normen weiterarbeiten, es muss die neuen zur Kenntnis nehmen, auslegen und anwenden. Die Behördenleitung ist in der Pflicht, diesen Umstellungs- und Lernprozess durch Maßnahmen der Schulung und Fortbildung zu erleichtern. (Selbstverständlich kann die LDA dabei auch darauf hinwirken, dass als Amtsmeinung eine bestimmte, „datenschutzfreundliche“ Tendenz der Auslegung vertreten wird.)

Vermutlich meint die LDA aber gar nicht, dass nur die geforderten neuen Mitarbeiter die Auslegung der DSGVO bearbeiten sollen; sie betont ja selbst, dass es sich um eine „Daueraufgabe“ ihrer Behörde handle. Der Kern ihrer Begründung besteht darin, dass zur Erarbeitung eines einheitlichen Verständnisses und einer einheitlichen Anwendung der DSGVO von den Datenschutzbehörden ein großer Einsatz verlangt werde.⁹⁵ Das ist im Ansatz richtig, führt aber nicht zwingend zu erhöhtem Personalaufwand. Die einheitliche Anwendung des neuen Rechts ist zunächst eine Herausforderung für das vorhandene Personal: eine Qualitäts- und keine Quantitätsfrage. Eine signifikante Vermehrung des an der europaweiten Koordination beteiligten Personals kann sogar

⁹⁴ Ähnlich auch Lüdemann/Wenzel (Fn. 15), RDV 2015, 285 (292).

⁹⁵ Vgl. die Anmerkungen (Fn. 1), S. 6 zu III. 2.a.

dazu führen, dass die gewünschten Einigungen noch schwieriger werden. Je mehr Personen an den Abstimmungsprozessen beteiligt sind, desto geringer sind die Chancen einer zügigen Einigung.

bb) Das Ausmaß des Auslegungsbedarfs

Der Maßstab ist übrigens keineswegs vollständig neu. Die DSGVO enthält zwar eine umfassende Neuregelung des Datenschutzrechts, sie ist aber inhaltlich in wichtigen Teilen nach dem Vorbild des geltenden deutschen Datenschutzrechts und der geltenden EU-Datenschutz-Richtlinie erarbeitet worden. Wie bisher gilt auch künftig der Grundsatz des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt (Art. 6 Abs. 1-3), wobei die Erlaubnis entweder durch Einwilligung erteilt werden kann oder sich aus der DSGVO selbst oder einem anderen Gesetz ergeben kann – hier kommen dieselben gesetzlichen Grundlagen wie bisher insbesondere für den öffentlichen Bereich (Art. 6 Abs. 2 und Art. 23) in Betracht. Zwar werden durch die DSGVO zahlreiche Definitionen eingeführt, die sich zumindest teilweise von den in Deutschland geltenden unterscheiden, und viele Grundsätze und Einzelvorschriften sind ebenfalls neu. Eine Reihe in der Bundesrepublik konkret behandelte Tatbestände ist in der DSGVO nicht mehr ausdrücklich geregelt; hier werden die deutschen Datenschutzinstanzen voraussichtlich die außer Kraft tretenden deutschen Vorschriften (etwa über Direktmarketing, Markt- und Meinungsforschung, Datenübermittlung an Auskunftsteile, Scoring, geschäftsmäßige Datenübermittlung) inhaltlich weiter anwenden. So meinen auch Roßnagel/Nebel/Richter, „insbesondere die offene Abwägung berechtigter Interessen mit den schutzwürdigen Belangen der betroffenen Person“ – eine Kernaufgabe jeder datenschutzrechtlichen Prüfung – werde „in jedem Mitgliedstaat nach der bisherigen Datenschutzkultur erfolgen“.⁹⁶ Auch die Bundesbeauftragte betont, dass sich „ungeachtet der unterschiedlichen sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten der BfDI, der Landesbeauftragten für den Datenschutz und des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht“ bei der datenschutzrechtlichen Beratung häufig die gleichen oder sehr ähnliche Problemstellungen“ ergeben.⁹⁷ „Angesichts des identischen grundrechtlichen Hintergrunds und der für Bund und Länder in gleicher Weise geltenden Europäischen Datenschutzrichtlinie“ liege es nahe, dass die Datenschutzbehörden sich „nicht selten mit den gleichen Themen“ beschäftigen – und, wie hinzuzufügen ist, zu den gleichen Ergebnissen kommen, so wie sie in der Datenschutzkonferenz regelmäßig zu übereinstimmenden Beschlüssen kommen.

Für die Auslegung sämtlicher Neuerungen können und müssen die Argumente herangezogen werden, die in der bisherigen Praxis erarbeitet und in der jahrelangen Diskussion über die europäische Datenschutzgesetzgebung hin- und hergewendet worden sind. Soweit ganz neue Rechtsinstitute geschaffen worden sind, handelt es sich überwiegend um Ergänzungen des bisher geltenden Instrumentariums, die von Datenschutzexperten seit längerem gefordert und in der Fachöffentlichkeit ebenfalls bereits intensiv diskutiert worden sind. Künftige datenschutzrechtliche Kontrollen oder Beratungen können infolge solcher Neuerungen u.U. leichter werden. Über einige neue Regelungen wird zwar wiederum Streit entstehen, aber das alles betrifft kein

⁹⁶ Alexander Roßnagel/Maxi Nebel/Philipp Richter, Was bleibt vom Europäischen Datenschutzrecht?, in: ZD 2015, 455 (460).

⁹⁷ BfDI, 25. TB zum Datenschutz für die Jahre 2013 und 2014, S. 51. Dort auch das folgende Zitat.

völliges „Neuland“ der Rechtslehre, sondern stellt die Fortsetzung bekannter Auseinandersetzungen dar, im Zweifel mit denselben Argumenten wie bisher.

Der Mehraufwand, der zur Einführung des neuen Datenschutzrechts allenfalls zu leisten ist, besteht also vor allem in der Schulung und Fortbildung des Mitarbeiterstabes. Dafür ist ein ins Gewicht fallender Mehrbedarf an Arbeitsstunden allenfalls für die Übergangsphase anzunehmen. Es leuchtet nicht ein, dass die Dienststelle dazu personell verstärkt werden muss.

b) „Erfüllung der gesetzlichen Beratungspflicht“

Die Beratung von Behörden und Unternehmen (2.2 des Personalkonzepts) gehört zu den Aufgaben der Datenschutzbeauftragten bzw. der Aufsichtsbehörden für den nicht-öffentlichen Bereich (§ 38 Abs. 1 Satz 2 BDSG). Im BbgDSG (§ 23 Abs. 2) ist diese Pflicht recht zurückhaltend formuliert, allgemein als „Abgabe von Empfehlungen zur Verbesserung des Datenschutzes“, speziell als eine Art von Dienstleistung für den öffentlichen Bereich, nämlich als Beratung der Landesregierung und einzelner Minister sowie der Gemeinden und Gemeindeverbände „in Fragen des Datenschutzes“. Aus den anschließenden Absätzen 3 und 4 BbgDSG folgt, dass die dort genannten Leistungen von verschiedenen (öffentlichen) Instanzen eingefordert werden können. Hinzu kommt die Beratung vor dem Erlass von Verwaltungsvorschriften (§ 7a Abs. 2 BbgDSG) und auf Wunsch eines behördlichen oder betrieblichen Datenschutzbeauftragten (§§ 7a Abs. 3 Satz 4 und 10a Abs. 3 Satz 2; § 4g Abs. 1 und 2 i.V.m. § 38 Abs. 1 Satz 2 BDSG).

In der Praxis hat sich – wie schon oben zu II. 2. und 3. dargelegt – die Beratung sowohl der Betroffenen wie der Unternehmen und Behörden als **eine wesentliche Tätigkeit der LDA** herausgebildet. Es ist plausibel, dass sich der Beratungsbedarf durch die Komplizierung der Rechtslage und die Notwendigkeit der europäischen Rechtsharmonisierung erhöhen wird. Ungewiss ist jedoch der Umfang des künftigen Mehrbedarfs. Je nachdem, wie viele Beratungsbitten oder Beschwerden an die LDA herangetragen werden, kann der Personalbedarf deutlich oder aber nur mäßig ansteigen oder sogar auf dem bisherigen Niveau verharren. Richtig ist, dass infolge Einführung des Marktortprinzips mit zusätzlichen Beschwerden von Betroffenen zu rechnen ist.⁹⁸ Andererseits bestehen bei der Erledigung der Anfragen Spielräume – man kann typische Themen schnell behandeln, z.T. formularmäßig erledigen oder mit Textbausteinen arbeiten. Das gilt nach einer gewissen Einarbeitungszeit auch für die komplizierteren Angelegenheiten mit internationalen Bezügen.

Wie stark die Arbeitslast insgesamt steigen wird, hängt aber zum Teil auch von den **eigenen Entscheidungen der LDA** ab, nämlich davon, wie viele Aktivitäten die LDA im Rahmen ihrer Zuständigkeit übernimmt und welche Prioritäten sie für die Aufgabenerfüllung durch die Mitarbeiter setzt. Wenn sie ihrem „Kundenkreis“ verspricht, alle in Zukunft auftretenden Zweifelsfragen bei der Anwendung der DSGVO im Vorhinein zu besprechen und für eine Lösung aller Streitfragen zu sorgen, wird die Dienststelle in Arbeit ersticken. Denn erfahrungsgemäß begründet jedes als

⁹⁸ Vgl. Anmerkungen (Fn. 1), S. 8. – Höhere Beschwerdezahlen sind übrigens kein Beleg für immer mehr Rechtsverstöße, sondern nur für eine veränderte *Wahrnehmung* und Bewertung der Datenverarbeitung. Unter der Masse der Beschwerden sind viele unbegründete, die ohne weiteres beschieden werden können. Vom Datenschutz wird zunehmend mehr erwartet als er nach der Gesetzeslage leisten kann.

nützlich erscheinende Angebot auch die entsprechende Nachfrage. Dieselbe Folge ist zu erwarten, wenn die LDA durch ihre Praxis den Eindruck erweckt, dass sie einen „Allround-Service“ biete.

Alternativ wäre es u.a. möglich, dass die LDA in vielen Fällen **auf andere Stellen verweist**, die für die Einhaltung der Datenschutzvorschriften verantwortlich sind: Behörden und Unternehmen haben unabhängige interne Datenschutzbeauftragte, Behörden haben vorgesetzte Stellen, Gemeinden und Städte können bei den Kreisen Rat einholen, und alle können sich der Unterstützung externer Experten, z.B. spezialisierter Rechtsanwaltskanzleien bedienen. Dass die externe Beratung unter Umständen nicht die gleiche Qualität aufweist wie die durch die Experten der LDA, muss als Normalität hingenommen werden. Umgekehrt wird es auch vorkommen, dass die Beratung durch die vorgesetzten Stellen oder durch private Fachleute zu einem besseren Interessenausgleich führt.

Inwieweit sich die **Wirtschaftsentwicklung in Brandenburg** künftig besonders auf die Arbeitsbelastung der LDA auswirken wird, ist allenfalls in groben Umrissen prognostizierbar. Die Entwicklung des Landes ist stark von der Lage im Umfeld der Bundeshauptstadt geprägt; in der Region Berlin-Brandenburg wächst die Wirtschaft erkennbar stärker als in den entfernteren ländlichen Gebieten. Zu erwarten sind Unternehmensansiedlungen insbesondere in den Bereichen („Cluster“)

- Gesundheitswirtschaft
- Informations- und Kommunikationstechnik, Medien und Kreativwirtschaft
- Energietechnik
- Verkehr, Mobilität, Logistik
- Optik.

In diesen Bereichen wird die Verarbeitung personenbezogener Daten eine wichtige Rolle spielen. Projekte zur Gesundheitsvorsorge finden unter dem Stichwort „e-health“ oder „digital health“ statt. Datenschutzrechtlich besonders interessant sind auch die Unternehmen der e-Bay-Gruppe, von denen einige in Klein Machnow ansässig sind.⁹⁹ Die Hauptsitze (Hauptniederlassungen, Hauptverwaltungen oder Zentralverwaltungen) der meisten dieser Unternehmen befinden sich jedoch außerhalb Brandenburgs,¹⁰⁰ und es ist nicht zwangsläufig, dass Unternehmen der genannten Wirtschaftszweige in den kommenden Jahren hohen Beratungsbedarf in Sachen Datenschutz haben werden.

Eine Quantifizierung des Beratungsbedarfs ist auf der Grundlage dieser Angaben nicht möglich; man kann nur Vermutungen anstellen. Es kann sein, dass die meisten der genannten Unternehmen von ihren außerhalb Brandenburgs gelegenen Zentralverwaltungen straff geleitet werden oder sich von diesen beraten lassen; es kann auch sein, dass die datenschutzrechtlichen Fragen für die meisten Unternehmen von einer federführenden Datenschutzbehörde außerhalb des Landes bearbeitet werden. Ungewiss ist auch, in wie vielen Fällen Unternehmen sich an die LDA

⁹⁹ Die LDA ist jedoch im Wesentlichen nur für den Arbeitnehmerdatenschutz bei den Firmen E-Bay und PayPal zuständig (16. TB 2010/2011, S. 132 f.). Sie übt aber die datenschutzrechtliche Aufsicht über die Angebote einer anderen Tochterfirma von E-Bay, nämlich mobile international aus.

¹⁰⁰ Das ergibt sich auch aus der Liste der größten Arbeitgeber des Landes Brandenburg, die von der Märkischen Allgemeinen Zeitung aufgrund einer Umfrage im Jahre 2012 veröffentlicht wurde (von der LDA zur Verfügung gestellt).

wenden werden, um Standarddatenschutzklauseln (Art. 57 Abs. 1 Buchstabe j), Verhaltensregeln (Buchstabe m), unternehmensinterne Vorschriften (Buchstabe s) überprüfen zu lassen oder geplante Zertifizierungsverfahren zu besprechen.¹⁰¹ Derartige Anfragen nach intensiver Beratung waren bisher selten; sie erfordern Vorleistungen der Unternehmen oder ihrer Verbände, zu denen viele von ihnen noch nicht bereit zu sein scheinen.

Für die Wirtschaftsförderung des Landes kann es von Bedeutung sein, dass ansiedlungswillige Unternehmen – falls gewünscht – frühzeitig Klarheit über ihre datenschutzrechtlichen Verpflichtungen erhalten; insofern besteht ein Interesse des Landes an der Leistungsfähigkeit der LDA. Auch insofern ist aber schwer vorherzusagen, welche Probleme auftauchen werden und ob diese landesspezifisch gelöst werden können. Die Unterschiede zu anderen Ländern sind vermutlich wegen der praktizierten Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden nicht so gewichtig, dass sie sich notwendig auf die Belastung der LDA auswirken. Die beantragten Stellen sind nach allem gegenwärtig (noch) nicht hinreichend begründet.

c) Beratung bei Folgenabschätzung und Gestaltung der Verfahrensweisen (Privacy by Design, Privacy by Default)

Die Beteiligung der Aufsichtsbehörde an Datenschutz-Folgeabschätzungen stellt eine **speziell geregelte Form der Beratung** dar, die von der LDA geleistet werden muss – wenn sie denn nach Ansicht der verantwortlichen Stelle unter die Vorschriften des Art. 35 Abs. 1 und 3 DSGVO fällt, also ein „hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge hat“. Dazu habe ich bereits oben unter II. 4. e Stellung genommen. Es liegt nahe, solch ein „hohes Risiko“ beispielsweise bei der Datenverarbeitung der Unternehmen der Gesundheitswirtschaft oder der „Mobilitäts“-Unternehmen zu vermuten, die sich im Lande niedergelassen haben (s. oben zu b).

Für den Arbeitsanfall der Dienststelle kann die Folgenabschätzung eine Rolle spielen, wenn sie in einer Vielzahl von Fällen angewendet wird. Es leuchtet ein, dass die Entwicklung in diese Richtung gehen wird, so dass die Personalforderung insofern im Ansatz schlüssig begründet ist. Das Ausmaß der Arbeitsbelastung ist aber noch völlig ungewiss.

Zur datenschutzfreundlichen Gestaltung von Technik und Verfahren sind aber die verantwortlichen Stellen selbst verpflichtet; die Aufsichtsbehörde kann deren Arbeit nicht übernehmen, vgl. oben II 4. f. Die gleichwohl erfolgende Beratung von Unternehmen und Behörden fällt unter den bereits behandelten Titel „Erfüllung der gesetzlichen Beratungspflicht“ (oben zu b).

d) Justizariat und Sanktionsstelle

Die LDA beabsichtigt, ihre Befugnisse zu Anordnungen bzw. Anweisungen gegenüber den verantwortlichen Stellen nach der DSGVO (Art. 58 Abs. 2 und Art. 83) organisatorisch so wahrzunehmen, dass dafür ein Justizariat eingerichtet wird (2.4 des Forderungskataloges). Dort soll auch die Vertretung der Dienststelle in gerichtlichen Verfahren wahrgenommen werden. Die vorhandene „Sanktionsstelle“ soll qualitativ

¹⁰¹ Dies zu den Anmerkungen (Fn. 1), S. 7.

und quantitativ aufgewertet und aus dem normalen Beratungs- und Prüfbereich herausgenommen werden, um Interessenkollisionen zu vermeiden.

Verglichen mit den gesetzlichen Regelungen in §§ 38 und 43 BDSG, enthält Art. 58 Abs. 2 DSGVO mehr Abhilfebefugnisse und Art. 83 DSGVO mehr Tatbestände, in denen Geldbußen verhängt werden können. Die Aufsichtsbehörde kann *warnen* (Art. 58 Abs. 2 Buchstabe a), *verwarnen* (Buchstabe b), zu verschiedenen Reaktionen *anweisen* (Buchstabe c-e, g, h und j), *Beschränkungen* bis hin zum Verbot der Verarbeitung verhängen (Buchstabe f) und schließlich Geldbußen zu verhängen (Buchstabe i [i.V.m. Art. 83]). Dabei werden wesentlich höhere Geldbußen zugelassen (Art. 83 Abs. 4, 5 und 6).

Gleichwohl handelt es sich auch hier nicht um vollkommen neue Aufgaben, sondern um **Ausweitungen und Modalitäten der bereits seit langem bestehenden Sanktionsbefugnisse** (für den nicht-öffentlichen Bereich), die der Aufgabe dienen, das Datenschutzrecht durchzusetzen. Insofern gehören die Sanktionen zum „operativen Tagesgeschäft“ der LDA.¹⁰² Es leuchtet jedoch ein, dass die energische Wahrnehmung der neuen Befugnisse zumindest zeitweise – nämlich in Fällen mit gerichtlichen Auseinandersetzungen – mit größerem Arbeitsaufwand verbunden ist. Es kann andererseits auch damit gerechnet werden, dass die Einräumung von Sanktionsbefugnissen und die damit verbundene Stärkung der Aufsichtsinstanzen auf längere Sicht die Kontrolltätigkeit erleichtert, zumal die zugrunde gelegten Rechtsansichten dann durch Gerichtsentscheidungen Verbindlichkeit erlangen.

Die geltend gemachte Personalforderung beruht u.a. auf der Annahme, dass von den neuen Befugnissen **tatsächlich in großem Umfang Gebrauch gemacht** wird. Das ist nicht sicher; das bisherige Verhalten der Datenschutzaufsichtsbehörden lässt eher Zurückhaltung bei der Nutzung der Sanktionsbefugnisse erwarten.¹⁰³ Die Einführung des europäischen Rechts wird nun offenbar als Anlass dazu angesehen, die Sanktionspraxis zu verschärfen. So weist die LDA¹⁰⁴ auf Erläuterungsgrund 148 zur DSGVO hin, wonach „im Interesse einer konsequenteren Durchsetzung der Vorschriften dieser Verordnung“ zusätzlich zu den sonstigen Maßnahmen der Aufsichtsbehörden oder an deren Stelle „Sanktionen einschließlich Geldbußen verhängt werden“ sollen. Sie meint sogar, die Sanktionierung solle „im Regelfall erfolgen und nur im Ausnahmefall unterbleiben“.¹⁰⁵ Auf den zitierten Erwägungsgrund kann diese Umkehrung der bisherigen Praxis aber nicht gestützt werden. Dort ist vielmehr ausführlich auf die Bedingungen verwiesen, die bei einer Sanktionierung eingehalten werden müssen. Im Sinne des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips werden dort nicht nur „geringfügigere“ Verstöße von der Verhängung einer Geldbuße ausgenommen; eine Verwarnung soll danach genügen. Außerdem wird ausdrücklich gesagt, dass „gebührend Rechnung getragen werden“ soll u.a. „der Art, Schwere und Dauer des Verstoßes“ sowie anderen Modalitäten der Handlung, dem Grad der Verantwortlichkeit usw. und „jedem anderen erschwerenden oder mildernden Umstand“.

¹⁰² Anders die Ansicht, die auf Seite 9 der Anmerkungen (Fn. 1) vertreten wird.

¹⁰³ Vgl. Lüdemann/Wenzel (Fn. 15), RDV 2015, 290.

¹⁰⁴ Anmerkungen (Fn. 1), S. 9.

¹⁰⁵ Ebd.

Die LDA scheint anzunehmen, dass mit Inkrafttreten der DSGVO nunmehr eine Welle von Bußgeldverfahren beginnen müsse. Die bisherigen Erfahrungen sprechen gegen diese Annahme. Wirklich gewichtige Verstöße gegen materielle Bestimmungen des Datenschutzrechts hat es nur in geringem Maße gegeben. Die oben zu II. 3. a. dargestellten Ergebnisse der Datenschutzpraxis sprechen insofern eine deutliche Sprache. Es dominieren Verstöße gegen Verfahrens- und Formvorschriften; die Grundrechte von Individuen sind – wenn überhaupt – überwiegend nur in geringem Maße beeinträchtigt worden (Belästigungen durch Werbung, Verweigerung von Krediten u.ä.). Schwere Rechtsverstöße sind im Bereich ausländischer Geheimdienste vorgekommen; sie werden die deutschen Datenschutzbehörden auch in Zukunft nicht intensiv beschäftigen. Die Verletzungen von Datenschutzvorschriften, die von den großen Internetunternehmen begangen werden, sind entgegen dem in den Medien verbreiteten Eindruck nicht durchweg von besonderem Gewicht; sie werden im Übrigen von der künftig zuständigen federführenden Aufsichtsbehörde und nicht von jeder Landesdatenschutzbehörde bearbeitet werden.

Allerdings hat es eine gewisse Plausibilität für sich, dass trotz dieser Einschränkungen die Zahl und Schwierigkeit der Bußgeldverfahren und anschließender Auseinandersetzungen vor den Gerichten zunehmen wird. Die Unternehmen werden sich gegen Anordnungen und Bußgeldfestsetzungen, die sie für unberechtigt halten, vor Gericht wehren. Erhebliche Konflikte und entsprechende gerichtliche und politische Auseinandersetzungen sind auch zu erwarten, wenn die LDA dazu übergehen sollte, auch gegenüber öffentlichen Stellen verbindliche Anordnungen zu erlassen oder sogar Bußgelder zu verhängen. Andere Datenschutzbeauftragte haben dies bereits angekündigt und sich dabei darauf berufen, dass Art. 58 Abs. 2 DSGVO nicht zwischen dem öffentlichen und dem nicht-öffentlichen Bereich unterscheidet.¹⁰⁶ Die geforderte Personalvermehrung soll also auch dazu beitragen, künftige In-sich-Prozesse von Landesbehörden vor den Verwaltungsgerichten oder gar vor dem Landesverfassungsgericht zu ermöglichen oder zu erleichtern.

Nach allem ist es zwar vertretbar, aber nicht vordringlich, die gewünschte Juristenstelle zu bewilligen. Eine andere, davon zu trennende Frage ist es, welche Organisationsform die LDA für die Sanktionsbefugnisse wählen kann (vgl. dazu unten III. 4. c cc).

e/f) Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden (One-Stop-Shop) sowie für das Kohärenzverfahren und die Beteiligung am Europäischen Datenschutzausschuss

Die Datenschutzaufsichtsinstanzen aller EU-Mitgliedstaaten müssen sich über die einheitliche Auslegung und Anwendung des gemeinsamen Rechts verständigen. Welche Schwierigkeiten dabei auftreten werden, ist oben zu II. 4. d behandelt. Es ist folgerichtig, aus dem neuen Recht zusätzlichen Personalbedarf der Aufsichtsbehörden insbesondere für die Abstimmung zwischen den vielen Beteiligten herzuleiten.

Aber auch hier ist ungewiss, ob die geforderte Stellenzahl gerechtfertigt ist. Niemand weiß derzeit, wie viele Betroffene sich aufgrund des neuen Marktortprinzips an die

¹⁰⁶ So der HmbBfDI, 25. TB Datenschutz, S. 18 f. Ebenso ist wohl auch eine Anmerkung der LDA (Fn. 1) zu dem Gutachtenentwurf zu verstehen (S. 10).

LDA wenden werden. Wenn die deutschen Aufsichtsbehörden tatsächlich einheitliche Positionen erarbeiten – so wie sie es bisher in Form der Konferenzbeschlüsse praktizieren –, wenn also nicht einzelne Landesbeauftragte sich durch besonders strenge oder besonders großzügige Rechtsmeinungen profilieren wollen, wird sich die Zahl der Beschwerden und Anfragen und damit auch die Notwendigkeit der überregionalen und supranationalen Abstimmung nicht wesentlich verändern.

g) Gegenseitige Amtshilfe der Datenschutzbehörden?

In Unterabschnitt 2.7 behandelt die LDA die Amtshilfe, die sie gegenüber anderen Datenschutzbeauftragten und Aufsichtsbehörden zu leisten hat. Diese ist im Gesetz nicht besonders erwähnt, folgt aber aus den Vorschriften des Grundgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes.¹⁰⁷ Neu ist auch diese Aufgabe nicht. Die dadurch möglicherweise entstehende Belastung der Behörde wird u.U. wieder ausgeglichen dadurch, dass andere Stellen ihrerseits der LDA Amtshilfe leisten. Die Pflicht zur Amtshilfe beruht auf Gegenseitigkeit; die LDA wird dadurch u.U. ent- statt belastet. Es ist freilich auch möglich, dass aus Gründen um Amtshilfe ersucht wird, die bisher nicht vorgekommen sind, insbesondere im Kohärenzverfahren.

In einzelnen Fällen kann die Inanspruchnahme von Amtshilfe durch andere Datenschutzbehörden also zu Mehrbelastungen der LDA führen. Deren Umfang ist aber nicht im Vorhinein einschätzbar. Die geforderte zusätzliche Stelle ist daher jedenfalls zur Zeit nicht notwendig. Für Personalreserven dürfte kein Spielraum vorhanden sein.

h) Öffentlichkeitsarbeit und Medienbildung

Die DSGVO betont die Aufgabe der Öffentlichkeitsarbeit stark (Art. 57 Abs. 1 Buchstaben b und d DSGVO; s. a. oben II. 3. a und e). Datenschutzbeauftragte betreiben aber – zumindest in Deutschland – von Anfang an Öffentlichkeitsarbeit, teils schon durch die breite Streuung ihrer Tätigkeitsberichte, teils weil die Medien Fragen stellen und Interviews erbitten. Die Wirkung der Datenschutzkontrolle wird durch die Medien erheblich verstärkt. Man kann vielleicht sogar sagen, dass die Öffentlichkeitsarbeit die wesentliche Ursache für die eindeutig positive Einschätzung der Datenschutzinstanzen darstellt. Die von der EU gewollte „Sensibilisierung“ ist allerdings bisher einseitig auf die Risiken für die Betroffenen konzentriert, während die andere Zielrichtung, den „freien Verkehr personenbezogener Daten in der Union“ vor Einschränkungen zu bewahren (vgl. Art. 1 Abs. 1 und 3 DSGVO), nicht erwähnt wird; sie kommt auch in Art. 57 Abs. 1 Buchstaben b und d nicht vor.

Wie die Medienarbeit organisiert wird, ist Ermessenssache der oder des Beauftragten. Der dafür erforderliche Aufwand gehört zu den allgemeinen Kosten der Dienststelle. Ob speziell dafür, wie die LDA wünscht (2.8 ihres Papiers), eine zusätzliche Stelle erforderlich ist, muss im Zusammenhang mit der übrigen Personalausstattung ihrer Dienststelle geklärt werden (s.u. zu III. 3. b).

Die Öffentlichkeitsarbeit hat für die Datenschutzbehörden große Bedeutung. Die Unterstützung der Medien ist für den Erfolg der Datenschutzkontrolle fast wichtiger

¹⁰⁷ Art. 35 Abs. 1 GG; § 4 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 VwVfGBbg (Verweisung auf das Bundesgesetz); zu den Voraussetzungen und Grenzen ebd. § 5.

als die gesetzlich vorgesehenen Durchsetzungsinstrumente. Die Datenschutzbeauftragten haben daher von Anfang an Öffentlichkeitsarbeit betrieben, zunächst vor allem in eigener Person. Die Medien wenden sich regelmäßig an die Amtsinhaber selbst und nötigen sie zu persönlichem Einsatz. Auf Dauer kann die LDA aber diese Arbeit nicht ohne professionelle Unterstützung leisten. Die Funktion erfordert eine spezielle Kompetenz. Dies alles lässt es gerechtfertigt erscheinen, eine neue Stelle einzurichten.

i) Unternehmensinterne Datenschutzvorschriften

Die LDA weist (zu 2.9) darauf hin, dass die zuständige Aufsichtsbehörde künftig „verbindliche unternehmensinterne Datenschutzvorschriften“ unter bestimmten Voraussetzungen prüfen und genehmigen muss (Art. 47 DSGVO). Für diese Aufgabe beantragt die LDA jedoch keine zusätzlichen Stellen. Vielmehr würden Mitarbeiter mit Beratungs- bzw. Prüfungsaufgaben „diese Tätigkeiten wie bisher auch in Kooperation mit den für internationale Aufgaben zuständigen Mitarbeitern der Dienststelle erfüllen“.

Die Konferenz der Datenschutzbehörden führt diese gesetzliche Verpflichtung – als einen Punkt ihrer Aufstellung von acht „neuen bzw. erweiterten Aufgaben“ – ebenfalls im Zusammenhang mit der Beratung von Behörden und Unternehmen an, die sich auch auf die „Umsetzung neuer Anforderungen wie Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Privacy By Design, Privacy By Default)“ erstreckt. Im Ergebnis herrscht hier also – von der etwas unterschiedlichen Darstellung abgesehen – Übereinstimmung, dass an die bisherigen Aufgaben angeknüpft wird.

Dass die neue Prüfungspflicht von der LDA nicht zur Begründung von Personalbedarf herangezogen wird, beruht vermutlich auf der Annahme, dass die tatsächliche Mehrbelastung gering sein dürfte. Diese Annahme ist realistisch, wenn man bedenkt, dass die Aufstellung solcher Regeln in der Vergangenheit sehr zögerlich vor sich gegangen ist und nur wenige Fälle an die Aufsichtsbehörden herangetragen wurden.

j) Fremdsprachensekretärin

An anderer Stelle ihres Personalkonzepts, nämlich unter dem Titel „Anpassung der Behördenstruktur bei der LDA“ (4.3 des Konzepts) fordert die LDA eine zusätzliche Stelle E 8 für eine Fremdsprachensekretärin. Zutreffend führt sie aus, dass künftig die englische Sprache in der Arbeit der Dienststelle eine deutlich größere Rolle spielen wird. Der StelleninhaberIn sollen auch Vorbereitungsarbeiten für die Archivierung von Akten der Dienststelle übertragen werden. Es spricht viel dafür, dass sie mit Schriftstücken in englischer Sprache und zusätzlichen Archivierungsarbeiten hinreichend ausgelastet sein wird.

k) IT-Systemadministrator

Ebenfalls im Abschnitt „Anpassung der Behördenstruktur“ findet sich auch die Forderung nach einer Stelle E 10 für einen Systemadministrator für das interne IT-System (4.4). Auch diese Forderung erscheint einleuchtend (zur Eingruppierung vgl. unten IV. 3. c), zumal damit eine Entlastung anderer Mitarbeiter im Bereich Technik und Organisation möglich würde.

3. Umfang des Personalbedarfs

Auch soweit die Einzelbegründungen nicht überzeugen, soll im Folgenden untersucht werden, ob nicht die Forderungen im Personalkonzept der LDA wegen zu erwartender Mehrbelastung bei **summarischer Betrachtung** zumindest teilweise gerechtfertigt sind.

a) Personalbemessungsfaktoren, insbes. Geschäftsanfall und Bearbeitungsquoten im bundesweiten Vergleich

aa) Allgemeine Grundsätze

Nach betriebswirtschaftlichen Regeln¹⁰⁸ wird der Personalbedarf einer Arbeitseinheit danach bemessen, welchen Zeitaufwand die von dieser Einheit zu bewältigenden Aufgaben oder – auf niedrigerer Ebene mit größerer Genauigkeit – „Arbeitsgänge“ insgesamt („Arbeitsmenge“ oder „Vorgangsmenge“) erfordern, geteilt durch die verfügbare Arbeitszeit pro Mitarbeiter. Dabei sind in den „Bruttokapazitätsbedarf“ auch diejenigen Zeiten einzurechnen, in denen die Mitarbeiter nicht produktiv zur Verfügung stehen, also Zeiten von Urlaub, Krankheit, Betriebsversammlungen und dergleichen. Wenn die Arbeitsmenge und die jeweilige Bearbeitungszeit nicht genau ermittelt werden, kann auch der Stellenbedarf nicht errechnet werden. Manche überregionale Empfehlungen für die Personalbemessung (Pensenschlüssel bei Gerichten, Personalbedarfsrichtlinien der Finanzverwaltung u.ä.), die in der Praxis zeitweise verwendet worden sind, beruhen nur auf groben Schätzungen und dürfen daher nur mit großen Vorbehalten übertragen werden.¹⁰⁹

Für die Tätigkeit der Datenschutzbehörden ist eine systematische Quantifizierung des Bedarfs derzeit nicht möglich, weil **die dazu erforderlichen Arbeitszeituntersuchungen und analytischen Stellenbewertungen fehlen**. Es ist in der öffentlichen Verwaltung nach wie vor weithin unüblich, solche Bedarfsrechnungen aufzustellen. Man behilft sich mit gröberen Modellen, z.B. Geschäftsanfall-Statistiken und Schätzungen aufgrund exemplarischer Aufzeichnungen. So soll auch hier vorgegangen werden. Anhaltspunkte für die Einschätzung des Bedarfs ergeben sich auch aus dem Ländervergleich, der – soweit nach der Datenlage möglich – ebenfalls angestellt werden soll.

Die **Mindestausstattung** einer Behörde mit Außenkontakten sollte mindestens so viele Stellen umfassen, dass eine sinnvolle fachliche Untergliederung möglich ist, dass Eingänge zügig bearbeitet werden, schwierige Fälle gemeinsam beraten werden können und dass eine gegenseitige Vertretung z.B. bei Krankheit oder Urlaub gesichert ist. Selbstverständlich muss die notwendige Eigenverwaltung gesichert sein. Das alles dürfte jedoch schon bei den kleinsten der bestehenden Datenschutzbehörden – also im Saarland und in Mecklenburg-Vorpommern – gewährleistet sein, so dass aus dem Vergleich insofern keine weiteren Schlüsse gezogen werden können.

¹⁰⁸ Vgl. den Überblicks-Artikel „Personalbemessungsmethoden“ in Wikipedia.

¹⁰⁹ Klaus Lindner, Quantitative Aspekte des Personalbedarfs, in: Ulrich Becker/Werner Thieme (Hrsg.), Handbuch der Verwaltung Heft 5.3, Köln u.a. 1976, Rn. 5326 S. 12.

Mangels anderer Anhaltspunkte wird im Allgemeinen bei **signifikantem Anstieg der Eingänge** über eine gewisse Zeit hin eine Personalverstärkung für notwendig gehalten, während vorübergehende Schwankungen von der Behörde selbst aufgefangen werden müssen. Damit wird implizit erklärt, dass die vorhandene Mitarbeiterschaft nicht in der Lage ist, eine größere Menge an Mehrarbeit aufzufangen. Diese Methode ist unbefriedigend, aber unvermeidbar, wenn es keine sicheren Grundlagen gibt.

bb) Vergleich zwischen den Landesdatenschutzbehörden

Bei der LDA sind die Vorgangszahlen, wie dargestellt (s. oben zu II. 2. a) – von einem Anstieg vor fünf Jahren (von damals niedrigerem Stand aus) abgesehen – konstant bei etwa 1000 jährlich geblieben. Der Arbeitsaufwand für die einzelnen Vorgänge variiert nach den Angaben der LDA erheblich. Manche Angelegenheiten sind in wenigen Minuten erledigt; andere beschäftigen die zuständigen Mitarbeiter über Monate oder gar Jahre hin (so die beratende Begleitung von Projekten). Die unterschiedlichen Arbeitsformen sind in der Geschäftsstatistik nicht erfasst.

Um gleichwohl eine ungefähre Vorstellung von der Arbeitsbelastung zu gewinnen, sei ein Vergleich mit anderen Datenschutzbehörden gezogen. In diesem Sinne kann u.a. auf den letzten Tätigkeitsbericht des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (HmbBfDI) hingewiesen werden.¹¹⁰ Bei ihm ist die Zahl der Eingaben von 2013 auf 2014 um 30 Prozent und auf 2015 um 50 Prozent gestiegen.¹¹¹ Er hatte für die tatsächliche datenschutz- und informationsrechtliche Aufsicht im Jahr 2014 nur 16,9 VZÄ zur Verfügung; diese haben aber in diesem Jahr u.a. 1.364 Eingaben von Bürgern bearbeitet, das waren mehr als 80 Eingaben pro VZÄ. Im Jahre 2015 waren es sogar 1.570 Eingaben¹¹² und damit bei leicht erhöhter Personalkapazität von 18,4 VZÄ ebenfalls eine Bearbeitungsquote von ca. 80 Eingaben pro VZÄ.¹¹³ Die Relation beträgt in der Dienststelle der LDA knapp 50 Vorgänge pro Mitarbeiter.¹¹⁴ Diese Zahl ist aber mit Vorbehalt zu bewerten; denn es ist unklar, wie viele „Eingaben“ (so die Statistik der LDA) in den „Vorgängen“ (von denen der HmbBfDI ausgeht) enthalten sind. Jedenfalls aber ist die Zahl der Eingaben niedriger als die der Verwaltungsvorgänge, freilich ohne die telefonischen Beratungen. Der HmbBfDI kann nach eigener Darstellung „kaum noch anlassfreie Prüfungen“ vornehmen.¹¹⁵ Er hat im Berichtszeitraum 13 Bußgelder verhängt, aber keinen Strafantrag gestellt.¹¹⁶ Die LDA hat seit 2013 jährlich etwa 12 Prüfungen durchgeführt.¹¹⁷ Sie berichtet, dass „auch die Verfolgung und Ahndung von Verstößen, die Durchführung von Ordnungswidrigkeitenverfahren sowie die Verhängung von Bußgeldern“ einen zunehmenden Aufwand verursacht haben.¹¹⁸

¹¹⁰ S. schon oben zu III. 1. c.

¹¹¹ HmbBfDI, 25. TB Datenschutz 2014/2015, S. 256.

¹¹² Ebd. S. 270.

¹¹³ Ebd. (vorige Fn.).

¹¹⁴ Eigene Berechnung: ca. 1000 Vorgänge (s. oben II. 2 a), verteilt auf 21 Mitarbeiter: 47,6 Vorgänge pro Mitarbeiter.

¹¹⁵ HmbBfDI, 25. TB Datenschutz, S. 256.

¹¹⁶ Ebd. S. 258 ff.

¹¹⁷ S. oben II. 2. b.

¹¹⁸ 17. TB 2012/2013, S. 156.

Beim Baden-Württembergischen Landesbeauftragten ist zwar die Zahl der Eingaben, Kontrollen und Beratungen im Jahre 2015 gegenüber 2014 um ca. 10 Prozent zurückgegangen. Kontrollen insbesondere bei Adresshändlern sowie Markt- und Meinungsforschungsinstituten hat der Landesbeauftragte wie folgt vorgenommen: 2014: 49; 2015: 11. An Kontrollen im öffentlichen Bereich fanden 2014 zehn statt, 2015 siebzehn. Bei den Beratungen stieg die Zahl im öffentlichen Bereich von 2013 auf 2014 um 10 Prozent, sank jedoch 2015 in beiden Bereichen wieder um etwa 5 Prozent. Zuletzt wurden 1600 Beratungsfälle gezählt. Verteilt auf 18,5 VZÄ verfügbare Stellen, bedeutet das eine Bearbeitungsquote von 86,5 Fällen pro VZÄ. Nach Ansicht des Landesbeauftragten steigt der Beratungsbedarf, was er auf die „stark exportorientierte“ mittelständische Wirtschaft des Landes Baden-Württemberg und die Bedeutung einer kooperativen Entscheidungsfindung „im Hinblick auf die Mitwirkung der deutschen Datenschutzbehörden im Europäischen Datenschutz-Ausschuss“ zurückführt.¹¹⁹

Über einen Anstieg der Geschäftszahlen berichten auch andere Datenschutzbehörden. So sind beim Landesbeauftragten Rheinland-Pfalz im Jahre 2012 insgesamt 530 Anfragen eingegangen, die zu Beratungen geführt haben; im Jahre 2013 waren es 620 solche Anfragen.¹²⁰ Der Beauftragte von Sachsen-Anhalt stellt ein Anwachsen der Eingänge von 2013 (4.742) auf 2015 (5.230) fest; von diesen werden jedoch nur die Patenteingaben gesondert ausgewiesen, nämlich im Bereich des Datenschutzes bei öffentlichen Stellen mit einem Rückgang von 90 (2013) auf 74 Eingaben (2015) und im Bereich des Datenschutzes bei nicht-öffentlichen Stellen (Steigerung 2013 bis 2015 von 95 auf 142 Eingaben); zu diesen Zahlen seien „viele Behörden- und Firmenanfragen“ hinzugekommen.¹²¹

Die Übersicht über die Geschäftsstatistiken der Landesdatenschutzbehörden ergibt insgesamt eine unklare Situation. Während in einigen Ländern der Beratungsbedarf ansteigt, bleiben die Eingangszahlen in anderen Ländern – auch in Brandenburg – bisher mehr oder weniger konstant. Ausschläge nach oben gab es in der Vergangenheit nach Aufsehen erregenden Urteilen des EuGH und vor allem als die Panoramaaufnahmen von Google Street View bekannt wurden.¹²² Die Welle von Anfragen, die in solchen Zusammenhängen bei den Behörden einging, legte sich aber bald wieder.

Eindeutige Rückschlüsse auf die Belastung der verschiedenen Behörden ergeben sich auch nicht aus den mitgeteilten **Erledigungszahlen**. Sie lassen allerdings die Vermutung zu, dass die Landesdatenschutzbeauftragten und Aufsichtsbehörden **unterschiedlich stark belastet** sind. Die konkrete Belastung hängt offensichtlich auch davon ab, wieviel Arbeit die Dienststelle an sich zieht und wie die Personalkapazität auf die verschiedenen Funktionen verteilt wird. Die Beratungsangebote der Verwaltung lösen ihrerseits Nachfrage der Bürger und Unternehmen aus, während datenschutzrechtliche Kontrollbesuche kaum einmal erbeten werden.

cc) Der Arbeitsanfall bei der Bundesbeauftragten

¹¹⁹ 32. TB des LfD 2014/2015, S. 29 f.

¹²⁰ 24. TB (LT-Drs. 16/3569), S. 49.

¹²¹ XII. TB, S. 12.

¹²² Dazu anschaulich der HmbBfDI, 25. TB Datenschutz, S. 256 f. und für die entsprechenden Medienanfragen S. 262 f.

Auch bei der Bundesbeauftragten ist der Geschäftsanfall gestiegen, aber teilweise aus anderen Gründen als bei den Landesbeauftragten. Monatlich sind bei dieser Dienststelle im Durchschnitt 371 Beschwerden und Fragen eingegangen,¹²³ das sind fast 4500 im Jahr. Ein deutlicher Anstieg der Arbeitslast ist besonders im Zuständigkeitsbereich der Sicherheitsbehörden zu verzeichnen, z.B. durch die Beteiligung einer Projektgruppe der Dienststelle am Untersuchungsausschuss zur NSA-Affäre.¹²⁴ Solche Belastungen gab es bei der LDA nicht. Auch als Datenschutzaufsichtsbehörde für den nicht-öffentlichen Bereich nimmt die Bundesbeauftragte eine besondere Stellung ein, da sie für die Postdienstleister und Telekommunikationsunternehmen zuständig ist (s. schon oben zu III. 1. b). Die Personalausstattung der BfDI muss im Übrigen auch deren Verpflichtungen als nationale „Zentralstelle“ bei der Außenvertretung der Bundesrepublik gerecht werden.

b) Der Zusatzbedarf insgesamt

Ebenso schwer wie der aktuelle Mindestbedarf ist der Zusatzbedarf zu berechnen, der bei Inkrafttreten der DSGVO und durch die Vorbereitung darauf entstehen könnte. Ihr Umfang ist jedenfalls zur Zeit nicht seriös quantifizierbar, muss also geschätzt werden. Dafür ergeben sich aus den bisher angestellten Überlegungen folgende Ansatzpunkte:

aa) Überblick

Solange das Thema populär ist und in den Medien prominent behandelt wird, wird vermutlich die Nachfrage nach **Beratung** steigen. Unternehmen, aber auch Einzelpersonen werden sich mit mehr Anfragen als bisher an die Datenschutzaufsichtsbehörden wenden. Mit einiger Sicherheit wird auch die **Meinungsbildung über die Auslegung und Weiterentwicklung des Datenschutzrechts im europäischen Rahmen** aufwändiger werden.

Auch die **Öffentlichkeitsarbeit** wird die Dienststelle weiterhin stark beschäftigen, und die Verbesserung der **internen Strukturen** bedingt ebenfalls zusätzlichen Aufwand. Bei der Bedarfsberechnung müssen diejenigen Stellen, die eine besondere Qualifikation erfordern (Justizariat und Öffentlichkeitsarbeit) oder die zur notwendigen Grundausstattung gehören (Fremdsprachensekretärin, IT-Administrator), „vor die Klammer“ gezogen werden, soweit sie unabhängig von der Steigerung der Nachfrage benötigt werden. Etwaige Einsparungen infolge organisatorischer Verbesserungen, etwaiger Synergieeffekte und veränderter Schwerpunktsetzung (dazu unten III. 4. und 5.) müssen summarisch „gegengerechnet“ werden, auch wenn diese Effekte kaum in genauen Zahlen zu fassen sind.

bb) Beratung im weiteren Sinne

Während die Stellenforderung der LDA zur „Erfüllung der gesetzlichen Beratungspflicht“ (noch) nicht hinreichend begründet ist (s. oben zu III. b), spricht einiges dafür, dass die speziell geregelte Pflicht der Datenschutzaufsichtsbehörden zur Beteiligung an Folgenabschätzungen eine spürbare Mehrbelastung verursachen wird. Dass die LDA dafür neue Stellen beantragt, ist daher im Ansatz gerechtfertigt.

¹²³ 25. TB der BfDI 2014/2014, S. 232.

¹²⁴ Ebd.

Sollte die Dienststelle zu der Meinung gelangen, dass so gut wie alle größeren Vorhaben der Datenverarbeitung ein „hohes Risiko“ der Grundrechtsverletzung begründen, könnte sich die allgemeine Belastung durch Beratung von Unternehmen noch weiter erhöhen. Die Begründung ist insofern aber vage; es wird nur pauschal Bezug genommen auf „den rasanten technologischen Wandel“ und die „stetig komplexer und komplizierter werdenden Systeme und Verfahren“. Die Veränderungen in der Qualität der zu bearbeitenden Themen können aber nicht durch quantitative Steigerungen beim Personal bewältigt werden.

Für die abschließende Feststellung, welche Zahl neuer Stellen bei summarischer Betrachtung gerechtfertigt sein könnte, müssen der *gesamte* Mehrbedarf und die *gesamte* angestrebte Personalerhöhung zusammengestellt werden. Das gilt vor allem für den Beratungsaufwand. Er wird in den unterschiedlichsten Zusammenhängen aufkommen, und die speziellen Beratungsgegenstände (z.B. die Risikoeinschätzungen bei sensiblen Daten) können kaum vom allgemeinen Beratungsbedarf abgegrenzt werden. Insgesamt erscheint eine Zahl von zwei Stellen für den Mehraufwand bei Kontrollen und Beratungen vertretbar.

cc) Überregionale Kooperation und Koordination sowie Öffentlichkeitsarbeit

Für die Koordination der Meinungen und die Bildung einer einheitlichen nationalen Meinung wird viel Zeit und Arbeitskraft nötig sein, und auch auf der europäischen Ebene selbst werden nicht nur Vertreter der Bundesebene, sondern in einem gewissen Maße auch solche der Landesdatenschutzbehörden an der Effektivierung und Vereinheitlichung des Datenschutzes mitwirken müssen. Bei diesen Bemühungen werden die LDA selbst und die Bereichsleiter besonders gefordert sein. Eine gewisse Entlastung von anderen Pflichten sollte ihnen zu diesem Zweck zugebilligt werden. Das könnte in einem ersten Schritt dadurch geschehen, dass – wie vorgeschlagen – für die Öffentlichkeitsarbeit eine neue Stelle eingerichtet wird.

Da die Notwendigkeit der Kooperation und der überregionalen Konsensfindung sich bei vielen Arbeitsbereichen der Dienststelle ergeben wird, kann dafür keine besondere Arbeitseinheit gebildet werden. Bei weiterer Zunahme der überregionalen Kontakte kann es jedoch gerechtfertigt sein, zusätzliches Personal bereitzustellen. Zunächst sollte aber die Entwicklung des Arbeitsanfalls abgewartet werden.

dd) Sanktionen und Anordnungen, interne Strukturverbesserung

Die rechtlichen Folgerungen aus Datenschutzverstößen mussten auch bisher schon erarbeitet werden; die neue Rechtslage kann diese Arbeit u.U. sogar erleichtern.¹²⁵ Die Forderung nach einer zusätzlichen Stelle für einen Juristen erscheint jedoch angemessen. Da die neuen Vorschriften aber erst ab Mai 2018 angewendet werden können, ist hier ein Abwarten bis zum Haushalt 2019 vertretbar.

Für die Verbesserung der Strukturen der Dienststelle strebt die LDA vor allem Stellenhebungen an; diese werden unten zu IV. behandelt. Als eine Form von Mehrbelastung der Dienststelle, die allerdings nicht erst durch die DSGVO begründet wird, ist die interne IT-Administration anzusehen, für die eine eigene Stelle beantragt worden ist. Diese spezielle Aufstockung erscheint angemessen.

¹²⁵ So auch Lüdemann/Wenzel (Fn. 15), RDV 2015, 292.

ee) Fazit

Neue Stellen sollten vor allem dafür verwendet werden, wieder mehr anlassunabhängige datenschutzrechtliche *Prüfungen* in Behörden und Unternehmen vorzunehmen. Wenn es zutrifft, dass die gegenwärtig geübte Praxis einer breit angelegten Beratung möglichst vieler Datenverarbeiter die Durchführung von Kontrollbesuchen erschwert oder gar unmöglich macht, ist eine Umkehr nötig. Es kann daher angebracht sein, neue Stellen für die Dienststelle gerade **für eine intensivere Kontrolltätigkeit** einzurichten und die bestehenden Arbeitsgebiete von nicht zwingend vorgeschriebenen Beratungsaufgaben zu entlasten.

Im Anschluss an diese Überlegungen erschiene es vertretbar, zur Bewältigung der **insgesamt anfallenden Arbeitsbelastung** in den Jahren 2017 und 2018

- für die Kontroll- und Beratungstätigkeit der LDA (einschließlich der oben zu II. 4. c beschriebenen Hilfstätigkeiten nach den Vorschriften der DSGVO) zwei Stellen und
- für die Öffentlichkeitsarbeit und für das Justizariat je eine weitere Stelle (jeweils des höheren Dienstes oder der entsprechenden Entgeltgruppen)

zuzubilligen. Hinzu kommen aus dem Personalkonzept der LDA die eher zur Grundausrüstung gehörenden Stellen, nämlich

- für die interne IT-Administration eine Stelle (gehobener Dienst oder entspr. Eingruppierung) sowie die Stelle für eine Fremdsprachensekretärin.

Etwa bewilligte neue Stellen sind dann nach den tatsächlich eingehenden Beratungsbitten auf die verschiedenen Arbeitsgebiete der Dienststelle zu verteilen. In Betracht kommt eine Verstärkung derjenigen Arbeitsgebiete, die von der neuen Rechtssetzung in besonderem Maße betroffen sind. Das dürften insbesondere die Arbeitsgebiete sein, in denen die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Unternehmen für Zwecke der Werbung, des Adresshandels, der Kreditsicherung, der Gesundheitsvorsorge und der Krankenversorgung sowie die sozialen Netzwerke bearbeitet werden; hier wird voraussichtlich sowohl der Beratungsbedarf von Unternehmen wie der nationale und supranationale Koordinierungsbedarf steigen. Im öffentlichen Bereich werden nach wie vor die Sicherheitsbehörden viel Aufmerksamkeit auf sich ziehen und entsprechend viele Anfragen und Beschwerden bei den Datenschutzbeauftragten verursachen.¹²⁶

Den neu anzuwerbenden Mitarbeitern sollte dementsprechend nicht ein neues abgegrenztes Arbeitsgebiet wie „Folgenabschätzung“ oder „Europäische Rechtsvereinheitlichung“ o. ä. zugewiesen werden, sondern die Zusatzkapazität sollte auf die besonders belasteten Arbeitsgebiete verteilt werden, so dass die Aufgabenbeschreibung aller Arbeitsgebiete der beiden Bereiche neu gefasst werden

¹²⁶ Vgl. a. die Beschreibung der Arbeitsschwerpunkte durch den Hessischen Datenschutzbeauftragten in seinem 43. TB 2014, S. 39.

müsste. Dadurch könnte z.B. der Bereichsleiter zugunsten der übergreifenden Koordinationsaufgaben von Spezialgebieten entlastet werden.

4. Zu erwägende personalwirtschaftliche und organisatorische Maßnahmen

a) Personalwirtschaftliche Maßnahmen

Durch Maßnahmen der Personalwirtschaft kann allenfalls vorübergehend Entlastung erreicht werden. Abordnungen qualifizierter Kräfte reißen anderswo Lücken. Die abgeordneten Mitarbeiter müssen erst eingearbeitet werden, was angesichts der Kompliziertheit der Materie nicht leicht sein dürfte. Die ständigen Mitarbeiter, die ihr Erfahrungswissen weitergeben müssen, werden durch die Anleitung der neuen Kollegen zusätzlich belastet. Ob es aber gelingen würde, kurzfristig hochqualifizierte Mitarbeiter der Landesverwaltung zur LDA abzuordnen oder zu versetzen, die keine längere Einarbeitungszeit brauchen, ist ungewiss.

b) Koordinierung mit anderen Stellen; Standard-Datenschutzmodell

Viele datenschutzrechtliche Fragen werden derzeit an vielen Stellen gleichzeitig bearbeitet. Nicht immer besteht Einigkeit zwischen den Datenschutzbehörden über die richtige Auslegung und Anwendung der Rechtsvorschriften. Diese Doppel- und Mehrfacharbeit sollte vermieden werden.¹²⁷ Es ist zwar im Interesse der Rechtsentwicklung nützlich, wenn sich an der Meinungsbildung über strittige Themen verschiedene Stimmen beteiligen. Für die Beteiligten und Betroffenen ist dieser stufenweise und immer wieder verzögerte Prozess der Rechtsentstehung jedoch belastend. Daher ist es wünschenswert, dass sich die Behörden untereinander abstimmen, wer vorrangig für welche Sachgebiete zuständig sein soll.

Beschleunigung und damit Entlastung der Dienststellen kann auch durch Anwendung des „Standard-Datenschutzmodells“ erzielt werden, das die Datenschutzkonferenz im Herbst 2015 beschlossen hat.¹²⁸

c) Verbesserung der internen Aufgabenverteilung

aa) Die gegenwärtige Organisation der Dienststelle

Die Dienststelle ist in die drei Bereiche „Technik und Organisation“, „Recht“ sowie „Verwaltung“ gegliedert. Die Bereiche entsprechen etwa den Referaten eines Ministeriums, sie umfassen zwischen vier („Verwaltung“) und dreizehn („Recht“) Arbeitsgebiete, wobei der Bereich „Recht“ in drei Gruppen eingeteilt ist, nämlich „Recht 1“, „Recht 2“ sowie „Informationszugang und Öffentlichkeitsarbeit“ (mit drei Arbeitsgebieten). Zur Gruppe „Recht 2“ gehört auch eine Arbeitseinheit „Ordnungswidrigkeitsverfahren“. Außerhalb dieser Struktur stehen die Arbeitseinheiten Gleichstellungsbeauftragte, Personalratsvorsitzender und Behördliche Datenschutzbeauftragte.

¹²⁷ So auch Schulki-Haddouti (Fn. 52), S. 120 f. mit positiven Beispielen, aber auch Kritik an mangelnder Kooperationsbereitschaft in der Datenschutz-Konferenz darüber, „wer im europäischen Raum über welche Themen mit welcher Autorisierung sprechen darf“ (S. 124).

¹²⁸ Das Standard-Datenschutzmodell. Konzept zur Datenschutzberatung und -prüfung auf der Basis einheitlicher Gewährleistungsziele; vgl. Schulki-Haddouti (Fn. 52), S. 124.

Während der Bereich „Verwaltung“ die üblichen Funktionen wie Personalverwaltung, Haushaltsangelegenheiten, Bibliothek usw. umfasst und der Bereich „Technik und Organisation“ vor allem für technische und organisatorische Fragen im Zusammenhang mit dem Datenschutz zuständig ist, werden die inhaltlichen Fragen des Datenschutzes im Wesentlichen in den beiden Gruppen „Recht 1“ und „Recht 2“ bearbeitet, ohne dass diese beiden Gruppen definiert wären. In dem (internen) Zuständigkeitskatalog sind für jeden „Geschäftsbereich“ je ein „verantwortlicher Bearbeiter“ und ein „verantwortlicher Techniker“ bestimmt. Neben den Zuständigkeiten der Techniker für die einzelnen Geschäftsbereiche sind in einer zweiten Liste die Zuständigkeiten der „verantwortlichen Techniker“ für Verfahren bzw. Querschnittsaufgaben im Bereich Technik und Organisation aufgeführt – von „AK Technik“ über „Bürgerbüros“ und „Internet-Telefonie“ bis „Windows-basierte Systeme“.

bb) Bewertung dieser Organisation

Es fällt auf, dass die Aufgaben der Landesdatenschutzbeauftragten im Verhältnis zu den Behörden und Kommunen des Landes im Organigramm nicht von denen der Datenschutzaufsichtsbehörde gegenüber den Unternehmen der Wirtschaft getrennt sind. Zwar wird heute vielfach behauptet, der Datenschutz müsse im öffentlichen wie im nicht-öffentlichen Bereich nach denselben Grundsätzen gestaltet werden (und auch die DSGVO strebt eine einheitliche Regelung an), aber damit wird der entscheidende Unterschied zwischen beiden Bereichen verwischt: Die Akteure des öffentlichen Bereichs besitzen Befugnisse, kraft deren sie auf die Betroffenen einwirken können, die nicht-öffentlichen Datenverarbeiter können keine verbindlichen Anordnungen treffen und damit die Betroffenen in der Regel nicht in subjektiven Rechten beeinträchtigen (außer eben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung).¹²⁹ Eine mögliche Organisation einer Datenschutzbehörde bestünde daher darin, nach den Eigenheiten und spezifischen Risiken der Informationsverarbeitung in dem betroffenen Lebens- oder Wirtschaftsbereich zu gliedern. Dann könnten jeweils der gemeinsame soziale und ökonomische Hintergrund und die prägenden (rechtlichen und sozialen) Normen besser zur Geltung gebracht werden als bei einer Arbeitsverteilung, die von technischen Phänomenen ausgeht. Die angemessene Organisation ist freilich auch deshalb schwer aufzubauen, weil neben den Sachfragen immer auch Querschnittsthemen eine Rolle spielen und angemessen bearbeitet werden müssen.

Die rechtlichen Grundsatzfragen werden in der Behörde der LDA vom Bereichsleiter „Recht“ bearbeitet, der aber auch für einzelne Verwaltungszweige und Teile der datenverarbeitenden Wirtschaft zuständig ist. Die Videoüberwachung ist Gegenstand mehrerer Arbeitsgebiete in dem Bereich „Technik und Organisation“ und der Gruppe „Recht 2“. Einige Themenkreise sind Arbeitsgebieten zugeordnet, die im Übrigen davon ganz verschiedene, z. T. auf einer anderen Ebene definierte Aufgaben haben, so die Personalinformationssysteme und die Dokumentenmanagementsysteme bei den „technisch/organisatorischen Grundsatzfragen“ im Bereich „Technik und Organisation“, während „Personaldatenschutz“ ein eigenes Arbeitsgebiet in der

¹²⁹ Dass die Unterscheidung zwischen öffentlichem und nicht-öffentlichem Bereich (entgegen einer verbreiteten Meinung unter Datenschützern) auch wegen des unterschiedlichen grundrechtlichen Ansatzes zwingend ist, wird auch von Masing (Fn. 50), NJW 2012, 2305 (2306) betont.

Gruppe „Recht 1“ darstellt. Die Probleme der Statistik sind mit dem „Umgang mit Datenträgern“ und der „Gebäude- und Raumsicherung“ kombiniert (Bereich „Technik und Organisation“). In einem Arbeitsgebiet der Gruppe „Recht 1“ stehen die „Rechtsfragen des E-Government“ neben den Stichworten „Kommunales“, „Inneres“, „Geodaten“ sowie „Telekommunikation und Medien, Spam“.

Es mag sein, dass diese Gliederung, deren innere Verknüpfungen zunächst nicht erkennbar sind, aus praktischen Gründen, insbesondere wegen der persönlichen Qualifikation der jeweiligen Mitarbeiter gewählt wurde und sich im Großen und Ganzen sogar bewährt hat. Vielleicht ist die derzeitige Organisation auch dadurch bedingt, dass nicht für alle interessanten Themen ein passender Ort in der Behörde zu finden war, was auch an der begrenzten Mitarbeiterzahl gelegen haben kann. Es wäre aber zumindest angebracht, die inhaltlichen Zusammenhänge zwischen den verschiedenen Themenfeldern und Kontrollbereichen deutlicher zur Geltung kommen zu lassen. Vor allem wäre zu untersuchen, ob die Abspaltung der technisch-organisatorischen Dimension von den inhaltlich-datenschutzrechtlichen Gegenständen wirklich sinnvoll ist. Auf jeden Fall müssen die Untersuchungsergebnisse der Computertechniker und Informatiker in die Prüfungen der „eigentlichen“ Datenschützer eingehen, d.h. von diesen in die rechtlichen Fragestellungen an richtiger Stelle eingeordnet werden.

cc) Notwendigkeit eines Justizariats

Die LDA hält die Ausgliederung der Aufgaben eines Justizariats aus dem „operativen“ Tagesgeschäft des Bereichs „Recht“ für erforderlich. Sie weist darauf hin, dass die DSGVO eine Reihe neuer Ordnungswidrigkeitstatbestände sowie einen erheblich erweiterten Rahmen für Bußgelder enthält (Art. 83) (vgl. dazu schon oben zu III. 2. d). Diese Reorganisation kann dazu beitragen, dass die entsprechenden Verfahren juristisch besonders sorgfältig bearbeitet werden. Andererseits wird dadurch die Entscheidung über eine Sanktion von der eigentlichen Prüfung abgetrennt und insgesamt eine zweite Stufe der internen Bearbeitung eingeführt. Die „eigentlichen“ Sachbearbeiter prüfen nicht mehr die Schwere des Rechtsverstößes, und die „Sanktionsexperten“ kennen nicht alle Umstände aus eigener Sachbearbeitung; das ist nicht unproblematisch. Befangenheiten sind bei der einen wie bei der anderen Organisationsform nicht ausgeschlossen.

Grundsätzlich steht ihr diese Festlegung kraft ihrer Unabhängigkeit zu. Der Haushaltsgesetzgeber kann aber darauf dringen, dass möglichst kostengünstige Lösungen gewählt werden. Interessenkonflikte innerhalb der Dienststelle können vermieden oder beendet werden, indem die LDA selbst die Streitentscheidung trifft. Freilich ist einzuräumen, dass eine Konstellation, die regelmäßig zu solchen Konflikten führen würde, unzweckmäßig ist; in einem solchen Fall ist es angebracht, eine Organisation zu wählen, die mit größerer Sicherheit für eine einvernehmliche Praxis innerhalb der Dienststelle sorgt.

Es ist durchaus denkbar, dass die mit der *Beratung* von Unternehmen und/oder Behörden befassten Mitarbeiter als befangen angesehen würden, wenn sie später verbindliche Anordnungen treffen oder Geldbußen verhängen, die durch die Beratung gerade vermieden werden sollten. Anders ist die Situation der im *Prüfungsbereich* beschäftigten Mitarbeiter. Es ist gerade ihre Pflicht, Rechtsverstöße aufzudecken. Dass dann u.U. auch Geldbußen verhängt werden, liegt in der Natur der Sache. Die

Kontrolle zielt gerade auf diese Sanktionen ab, mögen sie auch nicht immer verhängt werden (z.B. weil ja zahllose Fälle ordnungsgemäßer Datenverarbeitung unbeanstandet bleiben).

Ein Interessenkonflikt liegt dabei freilich in keinem Fall vor; die Dienststelle der LDA ist auch bei der Beratung darauf verpflichtet, für die Einhaltung des geltenden Rechts zu sorgen. Meinungsverschiedenheiten zwischen Teilen der Dienststelle sind durch die LDA selbst zu schlichten. Die LDA möchte aber offenbar den Eindruck vermeiden, dass sie in ihrer Kontrolltätigkeit befangen sei, wenn sie die betreffende Stelle zuvor datenschutzrechtlich beraten hat. Dieses Anliegen ist verständlich, aber kein zwingender Grund für die beabsichtigte organisatorische Trennung. Eine Befangenheit könnte auch dadurch vermieden werden, dass die LDA sich bei der Beratung mehr Zurückhaltung auferlegen würde – eine Überlegung, die auch um der notwendigen Arbeitsentlastung willen angestellt werden sollte (s. oben II. 3. und 4. b sowie III. 5.).

dd) Eigenes Referat für Öffentlichkeitsarbeit?

Dass die Öffentlichkeitsarbeit für die Datenschutzpraxis von besonderer Bedeutung ist, steht fest (s. oben III. 3. b cc)). Die organisatorische Verselbständigung dieses Arbeitsgebietes ist freilich nicht zwingend. Der oder die zuständige Mitarbeiter oder Mitarbeiterin könnte unmittelbar bei der Landesbeauftragten angesiedelt werden; er oder sie muss ohnehin ständig eng mit ihr zusammenarbeiten.

ee) Ausbau des Bereichs „Verwaltung“ zu einem Service- und Dienstleistungsbereich für die Dienststelle

Die Überlegungen der LDA zum Ausbau des „Verwaltungs“-Bereichs sind in dem Personalkonzept (zu 4.2) nur knapp skizziert. Sie fallen in die Sphäre eigenständiger Entscheidung der Behördenleitung. Es gibt auch gute praktische Gründe für die angestrebte Neuorganisation. Dazu gehört auch, dass die LDA den Bereich Verwaltung nicht mehr selbst leiten und sich auf die inhaltlichen Aufgaben konzentrieren will. Zu den damit verbundenen Forderungen nach Stellenhebung s. unten zu IV. 4.

5. Angemessene Schwerpunktbildung

Das neue Recht lässt zwar keine der Aufgaben wegfallen, die bisher den Datenschutzbehörden oblagen. Aus dem Gesagten ergibt sich aber, dass einige Tätigkeiten der Datenschutzbeauftragten reduziert werden sollten. Angesichts der Notwendigkeit, die öffentlichen Mittel sparsam zu verwenden (und letztlich: die Schuldenbremse nach Art. 109 Abs. 3 GG einzuhalten), ist die **Bestimmung von Prioritäten und Posterioritäten und dabei die Konzentration auf die „wesentlichen“ Aufgaben** der LDA geboten. Das ist – wie bereits ausgeführt – in erster Linie die *Kontrolle* der in die Zuständigkeit der LDA fallenden Behörden des Landes und der Gemeinden auf die Einhaltung der Vorschriften des nationalen und supranationalen Datenschutzrechts (§ 23 Abs. 1 BbgDSG).¹³⁰ Gleichrangig ist

¹³⁰ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die schleswig-holsteinische Landesbeauftragte mehrere Stellen ausdrücklich für vermehrte Prüfungen bei Polizei und Verfassungsschutz einwirbt (Mitteilung vom 12.7.2016). Auch die BfDI weist auf die vom BVerfG herausgearbeitete

inzwischen die vom Innenministerium auf die LDA übertragene Aufgabe der datenschutzrechtlichen *Aufsicht* über die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen (§ 23 Abs. 1a BbgDSG i. V. m. § 38 BDSG).

Um dem gesetzlichen Auftrag gerecht zu werden, muss die LDA versuchen, ein angemessenes Verhältnis von Vorbeugung, Beratung und Begutachtung zu Kontrolle und Sanktionierung herzustellen. Dabei muss gelten: **„Prägendes Merkmal der Datenschutzaufsicht ist [...] die Kontrolle“**.¹³¹ Zur Kontrolle gehört selbstverständlich auch die Bearbeitung von Beschwerden und Anzeigen von Betroffenen, nicht aber die vorweggenommene (anlasslose) Überprüfung von Vorhaben, die sich noch im Planungsstadium befinden. Die Beratungsaufgabe ist trotz ihrer großen praktischen Bedeutung vom Gesetz (§ 23 Abs. 2 BbgDSG) als bloße „Kann“-Vorschrift ausgestaltet, also als weniger dringlich eingestuft als die Kontroll- bzw. Aufsichtstätigkeit. Es gilt, was ein Mitarbeiter einer Aufsichtsbehörde zusammenfassend so formuliert hat:

„Es darf nicht dazu kommen, dass die Aufsichtsbehörden ihrer eigentlichen Aufgabe, dem Schutz der Rechte der Betroffenen, nicht ausreichend nachkommen können, weil sie mit datenschutzrechtlichen Compliance-Anfragen überhäuft werden. Vielmehr sollte am Prinzip der Selbstverantwortlichkeit der datenverarbeitenden Stelle festgehalten werden. Verpflichtungen zu Beratung und Genehmigungen dürfen nicht an Fristen geknüpft werden und müssen sich auf bestimmte gesetzlich vorgeschriebene Fälle beschränken, die ein besonders hohes Risiko für die Grundrechte der Betroffenen aufweisen.“¹³²

Die seinerzeit in dem Entwurf der DSGVO enthaltenen **„Elemente zur Stärkung der Verantwortlichkeit der Unternehmen zur Einhaltung des Datenschutzrechts“** sind von der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder ausdrücklich befürwortet worden.¹³³ Genannt werden u.a. Datenschutz-Folgeabschätzungen, Privacy-by-Design und Privacy-by-Default,¹³⁴ Zertifizierung, Datenschutzsiegel und Verhaltensregeln.¹³⁵ Die „Klärung von Compliance-Fragen“ dürfe „nicht zu einer Verlagerung der Verantwortlichkeit auf die Aufsichtsbehörden und nicht zur Einschränkung aufsichtsbehördlicher Maßnahmen im Falle von Datenschutzverstößen führen“.¹³⁶ Diese ursprünglich an den EU-Gesetzgeber gerichtete Ermahnung muss auch für die Anwendungspraxis der Datenschutzbehörden gelten. Beratungsangebote¹³⁷ sollten daher nur zurückhaltend ausgesprochen werden.

Kompensationsfunktion der Datenschutzkontrolle hin (BVerfGE 100, 313 [361]; 133, 277 [366 Rn. 206 f.]).

¹³¹ Lüdemann/Wenzel (Fn. 15), RDV 2015, 291 unter Hinweis auf die Gesetzessystematik. Dass die Beratungstätigkeit „nicht zum Hauptgeschäft der Datenschutzaufsicht werden darf“, betont auch Schulzki-Haddouti (Fn. 52), S. 120.

¹³² Nguyen (Fn. 31), ZD 2015, 265 (269).

¹³³ Entschließung vom 27.3.2014, Nr. 5, abgedruckt u.a. im 25. TB der BfDI 2013-14, S. 254.

¹³⁴ Dazu oben III. 2. c. Datenschutz durch Technik und Voreinstellungen ist nach richtiger Ansicht „kaum mehr als eine Selbstverständlichkeit“ (Schantz, NJW 2016, 1841 [1846]).

¹³⁵ Die DSK-Konferenz erklärt aber auch, dass „Fragen zur Rechtskonformität einer Datenverarbeitung im Rahmen der vorherigen Zurateziehung mit den Aufsichtsbehörden geklärt werden“ können.

¹³⁶ AaO. (Fn. 133), Nr. 6, S. 255.

¹³⁷ Ein Beispiel: 16. TB der LDA 2014/2015, S. 41 (Beratung bei der Nutzung von Smart-Metering-Techniken).

Generell sollte sowohl bei der Kontrolle wie bei der Beratung von Behörden und Unternehmen das Schwergewicht auf diejenigen gelegt werden, die bei ihrer Tätigkeit voraussichtlich gewichtige Verstöße gegen die Grundregeln des Datenschutzes verursachen, sozusagen „gefahr geneigte“ Datenverarbeiter. Ein großer Teil der Unternehmen und Behörden, die personenbezogene Daten sammeln und verwenden, handelt gesetzeskonform und bemüht sich, die Rechte der Betroffenen zu schützen. Datenverarbeitung ist nicht an sich schon „gefährlich“; vielmehr muss unterschieden werden zwischen Technikanwendungen, die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu Rechtsverletzungen führen, und harmlosen Nutzungen, die keiner aufwendigen Kontrolle unterworfen werden sollten. Wenn die Aufmerksamkeit der Datenschutzbehörden sich auf die Fälle geringfügiger, alltäglicher oder unschädlicher Rechtsverstöße konzentriert, wird die öffentliche Einschätzung des Datenschutzes als einer im schlechten Sinne „bürokratischen“ Materie sich weiter verfestigen.

Bei einzelnen Wirtschaftszweigen oder bestimmten Arten von Behörden kann es angebracht sein, einen möglichst großen Teil der datenverarbeitenden Stellen regelmäßig zu kontrollieren, insbesondere wenn es Anzeichen dafür gibt, dass dort in großem Umfang gegen Rechtsvorschriften verstoßen wird. Im Übrigen kann die Kontrolle aber immer nur exemplarisch, nach vertretbaren Prioritätssetzungen unternommen werden. Es muss hingenommen werden, dass manche Behörden und Unternehmen gar nicht kontrolliert werden, solange andere Anlass zu näherer Überprüfung geben. Dafür spricht auch, wie schon gesagt, dass die datenverarbeitenden Stellen grundsätzlich selbst die Verantwortung für die Gesetzeskonformität ihrer Tätigkeit tragen.¹³⁸ Die Prüfungspraxis hat auch nicht ergeben, dass die brandenburgischen Behörden und Unternehmen in auffallendem Umfang gegen Datenschutznormen verstoßen. Gewichtige Verstöße gegen materielles Datenschutzrecht, also etwa der unbefugte Zugriff auf besonders zu schützende Daten sind nach den Tätigkeitsberichten der Datenschutzbehörden in ganz Deutschland eher die Ausnahme.

Es ist auch nicht erforderlich, dass sich alle Landesdatenschutzbehörden mit bundesrechtlichen und allgemeinen (soziologischen, ökonomischen oder philosophischen) Themen der Informationstechnik und des Rechts der Technik befassen. Die gesellschaftlichen Veränderungen, die von der Entwicklung der Künstlichen Intelligenz, der Robotik, den Big-Data-Techniken usw. ausgehen,¹³⁹ können nicht mit dem einseitig auf die Wahrung von Individualrechten ausgerichteten Datenschutzrecht bewältigt werden. Hier ist vielmehr der Gesetzgeber gefordert, der allein in der Lage ist, die konfligierenden Interessen miteinander vereinbar zu machen.

Durch eine Reduzierung des Beratungsangebots wird sich in absehbarer Zeit eine zumindest teilweise Verlagerung ergeben: Behörden und Unternehmen werden auf manche Anfrage verzichten und sich selbst Rat holen oder interne Datenschutzbeauftragte einsetzen; Verbände, private Beratungsbüros, die Wissenschaft, Fachzeitschriften und Vereine zur Selbsthilfe werden die Lücke füllen.

¹³⁸ Lüdemann/Wenzel (Fn. 15), S. 291; Nguyen (Fn. 31), ZD 2015, 265 (269).

¹³⁹ Die LDA nennt u.a. diese Entwicklungen als Grund dafür, dass die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden eine Daueraufgabe darstellt (Anmerkungen [Fn. 1] S. 12). Das wird nicht bestritten.

IV. Angemessene Einstufung der Stellen

1. Der rechtliche Rahmen

Die Besoldung der Beamten richtet sich nach den Vorschriften über die Bewertung der Funktionen, die Zuordnung zu Ämtern und die Einweisung in Besoldungsgruppen (§§ 18 ff. Bundesbesoldungsgesetz und entsprechende Vorschriften des Landesrechts). Für die Bezahlung der Tarifbeschäftigten kommt es auf die Eingruppierung in Entgeltgruppen an. Neue Stellen müssen einer Besoldungs- oder Entgeltgruppe zugeordnet werden.

Nach § 18 des Besoldungsgesetzes für das Land Brandenburg gilt wie nach dem entsprechenden Bundesgesetz der *Grundsatz der funktionsgerechten Besoldung*. Das heißt, dass die Funktionen der Beamten nach den mit ihnen verbundenen Anforderungen sachgerecht zu bewerten und Ämtern zuzuordnen sind. Satz 2 der Vorschrift erlaubt ausdrücklich – anders als das Bundesgesetz –, Funktionen mehreren Ämtern zuzuordnen (Stellenbündelung). Die Ämter sind „nach ihrer Wertigkeit unter Berücksichtigung der gemeinsamen Belange aller Dienstherrn den Besoldungsgruppen zuzuordnen“ (so übereinstimmend das Bundes- und das Landesgesetz).

Weil es in den meisten Verwaltungsbereichen keine analytische Stellenbewertung gibt, fehlen verbindliche Festlegungen, welche Anforderungen mit bestimmten Funktionen verbunden sind. Der Grundsatz der funktionsgerechten Besoldung kann daher nur wie eine Richtlinie wirken, die der Praxis viel Ermessen belässt. Letztlich sind die zitierten Vorschriften sind nur deshalb im Großen und Ganzen umsetzbar, weil die meisten Ämter bereits in den Besoldungsordnungen bestimmten Besoldungsgruppen zugeordnet sind und die „Wertigkeit“ der neu zuzuordnenden Ämter im Vergleich dieser jeweils speziell aufgeführten Ämter mit einer gewissen Plausibilität eingeschätzt werden kann.

Die Tarifbeschäftigten sind ebenfalls entsprechend den Anforderungen der vereinbarten Tätigkeit in die Entgeltgruppen einzugruppieren.¹⁴⁰

Beförderungsämter dürfen nach § 25 BBesG „nur eingerichtet werden, wenn sie sich von den Ämtern der niedrigeren Besoldungsgruppe nach der Wertigkeit der zugeordneten Funktionen wesentlich abheben“. In der Praxis ist es allerdings angesichts der verständlichen Beförderungswünsche der Mitarbeiter schwer, diese Bedingung einzuhalten.

In der Entgeltordnung ist ebenfalls vorgeschrieben, dass höhere Entgeltgruppen nur für höherwertige Tätigkeiten zugebilligt werden dürfen: Die Eingruppierung in die Entgeltgruppe E 14 setzt voraus, dass die Tätigkeit der Beschäftigten

- „sich durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung aus der Entgeltgruppe 13 heraushebt“ (Fallgruppe 1) oder „sich mindestens zu einem Drittel durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung aus der Entgeltgruppe 13 heraushebt“ (Fallgruppe 2) oder „sich dadurch aus der Entgeltgruppe 13 heraushebt, dass

¹⁴⁰ Anlage A (Entgeltordnung) zum Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder i.d.F. des Änderungstarifvertrages vom 28.3.2015.

sie mindestens zu einem Drittel hochwertige Leistungen bei besonders schwierigen Aufgaben erfordert“ (Fallgruppe 3) oder schließlich „denen mindestens drei Beschäftigte der Entgeltgruppe 13 durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt sind“ (Fallgruppe 4).

Für die Eingruppierung in E 15 ist es erforderlich, dass die Tätigkeit

- „sich durch das Maß der damit verbundenen Verantwortung aus der Entgeltgruppe 14 Fallgruppe 1 heraushebt“, oder „denen mindestens fünf Beschäftigte der Entgeltgruppe 13 durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt sind“.¹⁴¹

2. Die bestehende Stellenstruktur

Anders als in der Mehrzahl der Behörden ist bei der LDA der Stellenkegel nicht pyramidenförmig mit einer breiten Basis und einer schmalen Spitze, sondern „kopflastig“, also durch eine große Zahl von besser dotierten Stellen der Besoldungsgruppen A 14 und A 15 und der Entgeltgruppen E 13 – E 15 gekennzeichnet. So verfügt die LDA gegenwärtig über

- 1 Stelle B 3,
- 2 Stellen A 16 bzw. AT 1,
- 3 Stellen A 15,
- 4 Stellen A 14, 5 Stellen E 14,
- 1 Stelle E 12,
- 3 Stellen E 11,
- 1 Stelle A 11, 3 Stellen E 11,
- 1 Stelle E 9,
- 1 Stelle E 8 und
- 1 Stelle E 6.¹⁴²

Diese Struktur ist bei summarischer Betrachtung durch die hohen Qualifikationsanforderungen gerechtfertigt. Die Stellen, auf denen datenschutzrechtliche Sachfragen bearbeitet werden, erfordern im Allgemeinen eine wissenschaftliche Vorbildung, wobei zwar nicht nur juristische Fähigkeiten in Betracht kommen, sondern auch eine andere Hochschulausbildung. Es geht in aller Regel nicht um die schlichte Subsumtion von Sachverhalten unter gesetzliche Tatbestände – eine Aufgabe, die auch mit nicht-juristischer und nicht-akademischer Ausbildung erfüllt werden kann –, sondern häufig um schwierige Abwägungen zwischen abstrakt formulierten Zielen. Etwas geringere Anforderungen genügen für die Bearbeitung von Verzeichnissen, Dokumentationen, den Umgang mit Datenträgern und für einfachere technische Aufgaben.

3. Die Bewertung der geforderten neuen Stellen

¹⁴¹ Anlage A zum TV-L, Teil I, Entgeltgruppen 14 und 15.

¹⁴² Eine weitere Mitarbeiterin (E 13) wird aus restlichen Personalmitteln bezahlt; dieses Beschäftigungsverhältnis endet am 31.8.2016. Die E 9-Stelle ist z.Z. unbesetzt.

Ausgangspunkt der Erwägungen zur Bewertung der geforderten neuen Planstellen bzw. Stellen von Referenten bei der LDA muss die Besoldungsgruppe A 13 bzw. die Entgeltgruppe 13 sein. Die beantragten Stellen sind nach den Anforderungen, die an ihre Inhaber gestellt werden müssen, mit den vorhandenen Stellen des höheren Dienstes gleichwertig. Sie sind also der Laufbahn des höheren Dienstes zugeordnet. Für die Beamtenstellen ist ein mit einem Mastergrad abgeschlossenes Hochschulstudium oder einen gleichwertigen Abschluss sowie ein erfolgreich abgeschlossener Vorbereitungsdienst oder eine hauptberufliche Tätigkeit erforderlich,¹⁴³ für die Tarifbeschäftigten eine abgeschlossene wissenschaftliche Hochschulbildung und entsprechende Tätigkeit oder die Ausübung entsprechender Tätigkeiten aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und Erfahrungen.¹⁴⁴

Für die Tätigkeiten, die in dem Personalkonzept der LDA von den neuen Stelleninhabern ausgeführt werden sollen, ist zumindest die Zuordnung zu der Besoldungsgruppe A 15 oder die Eingruppierung in die Entgeltgruppe 13 angemessen. Beamtenstellen sind („in der Regel“) nach Art. 33 Abs. 4 GG zu schaffen, wenn als ständige Aufgabe die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse beabsichtigt ist. Die übrigen Stellen können für Tarifbeschäftigte ausgewiesen werden. Die LDA nimmt auf diese Unterscheidung Bezug, wenn sie für das geplante Justizariat als typisch hoheitliche Funktion ausdrücklich eine Beamtenstelle beantragt, während auf den anderen Stellen, die vielfach mit technisch-organisatorischen Funktionen beschäftigt werden sollen, Tarifbeschäftigte tätig sein sollen.

Die Besoldungsgruppe A 14 und die Entgeltgruppe E 14 gelten in der Praxis als normale Beförderungsstellen, die keine höheren Anforderungen als A/E 13 voraussetzen (Stellenbündelung).

Inwieweit die Eingruppierung in die Entgeltgruppen 14 oder 15 zulässig wäre, kann nicht beantwortet werden, solange nicht feststeht, welche konkreten Funktionen auf welcher Stelle ausgeübt werden sollen. Zwar muss jeder Personalverantwortliche darauf achten, dass unter den Beschäftigten seiner Behörde hinreichend viele erfahrene Mitarbeiter sind, die schon auf Beförderungsstellen sind oder sich nur auf Beförderungsstellen bewerben. Andererseits muss aber ein angemessenes Verhältnis von Einstiegs- und Beförderungsstellen gewahrt werden; es darf nicht überwiegend höherwertige Stellen – also Planstellen A 15 und höher oder Stellen E 15 und höher – geben. Daraus folgt die Notwendigkeit für die Dienststellenleitung, eine entsprechende Stellenstruktur vorzugeben, die auch ausweist, welche Arbeitsgebiete höherwertige Funktionen umfassen.

Die Angaben im Personalkonzept der LDA sind nicht auf Arbeitsgebiete bezogen, sondern auf neue „Aufgaben“ bzw. Tätigkeiten, die durch die DSGVO veranlasst werden. Die europarechtlich relevanten (genauer: die künftig wahrscheinlich durch die DSGVO verursachten) Tätigkeiten müssen von der gesamten Dienststelle geleistet werden. Vermutlich werden in mehreren, vielleicht sogar in fast allen Arbeitsgebieten der LDA zusätzliche bzw. andere, eben durch die DSGVO ausgelöste Tätigkeiten gefordert sein. Dieser Umstand macht es schwierig, die geforderten Stellen „passgenau“ in den Geschäftsverteilungsplan und das Organigramm der Dienststelle

¹⁴³ Vgl. § 10 Landesbeamtengesetz Brandenburg.

¹⁴⁴ Anlage A zum Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) i.d.F. des Änderungstarifvertrages v. 28.3.2015, Teil I, Entgeltgruppe 13.

einzufragen. Wenn man dieser Überlegung folgt, erscheint es vertretbar, die Ausweisung der geforderten Stellen pauschal nach dem Muster vorzunehmen, dass neue Stellen A 15 oder E 15 nur eingerichtet werden, wenn mindestens die doppelte Zahl von Stellen A bzw. E 13 oder A bzw. E 14 eingerichtet wird. Dieses Verhältnis ist bei den Forderungen des Personalkonzepts gewahrt (5 Stellen A bzw. E 15; 4 Stellen E 14 sowie 4 Stellen E 13).

Eine Stelle E 12 (ab 2018) ist als Sachbearbeiterstelle für das geplante Justizariat geplant. Diese Ausweisung kann aufgrund der Schwierigkeit und Bedeutung der Tätigkeit und die damit verbundene Verantwortung¹⁴⁵ gerechtfertigt sein.

Die E 8 -Stelle für eine Fremdsprachensekretärin kann der Entgeltgruppe 8 zugeordnet werden, wenn die Beschäftigte „mit Rücksicht auf die beabsichtigte Beschäftigung als Fremdsprachenassistentin (Fremdsprachensekretärin) bei der Einstellung den Nachweis“ erbringt, „dass sie geläufig in zwei fremden Sprachen nach Diktat schreiben oder einfache Übersetzungen aus diesen oder in diese Sprachen anfertigen“ kann.¹⁴⁶

Schließlich soll eine Stelle E 10 für die Administration des internen IT-Systems geschaffen werden. Hier können mangels anderer Eingruppierungsvorschriften des TV-L die Vorschriften für Beschäftigte in der IT-Organisation und der IT-Systemtechnik herangezogen werden.¹⁴⁷ Die Anforderungen dürften die Eingruppierung in die Entgeltgruppe 10 rechtfertigen.

4. Die Forderungen nach Höherstufung

Hebungen beantragt die LDA für ihre eigene Stelle (B 5 statt B 3), die ihres Stellvertreters (AT 3 statt AT 1) und eines Bereichsleiters (A 16 statt A 15).

a) Leitung der Dienststelle

Das Amt der Landesbeauftragten für den Datenschutz und das Recht auf Akteneinsicht ist gesetzlich in die Besoldungsgruppe B 3 eingeordnet.¹⁴⁸ Diese Zuordnung beruht auf einem Vergleich mit anderen Ämtern. Dabei ist zu bedenken, dass die Ämter der Besoldungsordnung B wesentlich nach ihrer Bedeutung eingeordnet werden, die sich insbesondere aus dem Aufgabenspektrum und der Größe der Behörden und ihrer Personalausstattung ergeben. Es handelt sich bei den Ämtern ab B 3 um die Leitung mehr oder weniger selbständiger Landesbehörden, die außer den beamtenrechtlichen Grundvoraussetzungen besondere Führungsqualifikationen erfordern. Die im Grundgesetz vorgeschriebene „Bestenauslese“ (Art. 33 Abs. 2 GG) bezieht sich bei diesen Spitzenämtern wesentlich auch auf soziale, insbesondere kommunikative Fähigkeiten und Erfahrung in der Personalführung.

¹⁴⁵ Vgl. die entsprechenden Merkmale der Entgeltgruppe 12.

¹⁴⁶ Anlage A zum TV-L, Entgeltordnung, Abschnitt 8.3, Entgeltgruppe 8. Im TV-Bund (Teil III Abschnitt 16.1) ist die Entgeltgruppe 8 vorgesehen für Fremdsprachensekretärinnen, „die in einer fremden Sprache Sekretariats- und Bürotätigkeiten geläufig ausüben“.

¹⁴⁷ Anlage A zum TV-L, Entgeltordnung, Abschnitte 11.2 und 11.4.

¹⁴⁸ Landesbesoldungsgesetz Brandenburg, Anlage 1, Besoldungsgruppe B 3.

Änderungen der gesetzlichen Zuordnung zu einer B-Besoldungsgruppe machen es regelmäßig erforderlich, auch die Besoldung anderer Amtsträger des Landes zu überdenken. Der Gesetzgeber soll möglichst allen Beamten gerecht werden und muss also den Vergleich der Ämter neu vornehmen, wenn er an einer Stelle etwas ändert. Dieser Vergleich muss zunächst landesintern vorgenommen werden.

Die Einordnung in die Besoldungsgruppe B 5 würde bedeuten, dass das Amt der LDA einen höheren Rang zugebilligt erhält als die Ämter der Präsidenten des Landesamtes für Umwelt, des Landesamtes für Soziales und Versorgung und des Landesamtes für Ländliche Entwicklung, Landwirtschaft und Flurneuordnung, die sämtlich in die Besoldungsgruppe B 4 eingeordnet sind. Eine Besoldung nach B 5 würde die LDA mit einem Polizeipräsidenten oder einem Ministerialdirigenten als Abteilungsleiter bei einer obersten Landesbehörde gleichstellen. Diese „Beförderung“ wäre jedenfalls nicht mit höheren Anforderungen an die Qualifikation des Stelleninhabers bzw. der Stelleninhaberin erklärbar, und es ist auch nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber um der Gleichbehandlung willen genötigt wäre, die Stelle der LDA auf B 5 anzuheben.

Dazu könnte allenfalls ein landesübergreifender Vergleich der Datenschutzbehörden führen. Der Landesgesetzgeber ist jedoch gerade nicht verpflichtet, landesinterne Überlegungen gegenüber dem bundesweiten Vergleich zurückzustellen. Im Gegenteil ist die durch die Föderalismusreform 2006 eingeführte Landeskompetenz für das Besoldungsrecht (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG) ein gewichtiges Argument dafür, dass Brandenburg sich den Erwägungen anderer Länder nicht anzuschließen braucht.

Soll gleichwohl ein landesübergreifender Vergleich der Besoldung der Datenschutzbehörden stattfinden, so ist dazu die von der LDA vorgelegte Übersicht nützlich sein, nach der die Leiter der Datenschutzbehörden wie folgt eingeordnet sind:

- Die Bundesbeauftragte: B 11
- Die Landesbeauftragten der Länder Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen: B 7
- Die Landesbeauftragten von Bayern, Rheinland-Pfalz und Thüringen: B 6
- Die Landesbeauftragten von Baden-Württemberg, Berlin, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen¹⁴⁹ und Sachsen-Anhalt sowie die Leiterin des Unabhängigen Datenschutzzentrums Schleswig-Holstein: B 5
- Der Hamburgische Beauftragte: B 4
- Die Landesbeauftragten von Brandenburg, Bremen und des Saarlandes: B 3.

Danach ist die LDA relativ am niedrigsten besoldet, auf einer Stufe mit Bremen und dem Saarland, die finanziell am schlechtesten gestellt sind.

Als Ergebnis ist zu diesem Punkt also festzustellen, dass die Zuordnung zur Besoldungsgruppe B 5 zwar dem bundesweiten „Normalstandard“ entsprechen würde, das Land aber rechtlich nicht verpflichtet ist, diesen Standard zu übernehmen.

b) Vertretung der LDA

¹⁴⁹ Der Sächsische Datenschutzbeauftragte fordert die Anhebung seiner B 5-Stelle auf B 8 sowie für seinen Stellvertreter B 6 (statt derzeit B 3) und für die Referatsleiter B 3 (statt A 16).

Wenn die Stelle der LDA höher bewertet wird, ist es folgerichtig und zulässig, die Vertreterstelle ebenfalls aufzuwerten. Die Eingruppierung der Stelle in die Entgeltgruppe AT 3 dürfte angemessen sein.

c) Hebung einer Bereichsleiterstelle

Der Bereich Verwaltung wird bisher von der LDA selbst geleitet. Wenn diesem Bereich die geforderten (zwei) neuen Stellen für das geplante Justizariat (s. oben III. 3. b dd) zugeordnet werden und die Öffentlichkeitsarbeit durch eine Stelle verstärkt wird, ist es vertretbar, für die Leitung dieser Einheit eine Stelle A 16 auszuweisen. Die LDA möchte hierfür eine bereits vorhandene Stelle A 15 nutzen (4.2 des Personalkonzepts). Die LDA selbst wird künftig stärker durch die vielfältigen Abstimmungsprozesse in Anspruch genommen sein; es leuchtet ein, dass sie den Bereich Verwaltung dann nicht mehr unmittelbar selbst leiten kann.

d) Weitere Stellenhebungen

Zwei Stellen (A 11, E 9), die im Jahre 2010 vom Ministerium des Innern auf die LDA übertragen wurden, sollen um eine Stufe (also auf A 12 bzw. E 10) angehoben werden. Es handelt sich um Aufgaben der Datenschutzaufsicht im nicht-öffentlichen Bereich. In dem einen Fall seien Tätigkeiten wahrzunehmen, die sich aus der Besoldungsgruppe A 11 durch die mit ihnen verbundene höhere Verantwortung herausheben, im anderen Fall seien die Anforderungen an die Sachkunde mit der Komplexität der zu behandelnden Vorgänge (Videoüberwachung) gestiegen. Beide Begründungen sind plausibel und könnten für sich die Hebung rechtfertigen.

Gegen die Stellenhebung könnte jedoch das Gebot sprechen, die Stellenstruktur der Dienststelle nicht übermäßig „kopflastig“ zu gestalten. Zwar sind nicht nur die Anforderungen an Referenten der LDA hoch, sondern auch die Anforderungen an nicht dem höheren Dienst zugeordnete Leiter von Arbeitsgebieten (das sind insgesamt vier von zwanzig Stellen)¹⁵⁰. Warum die meisten Arbeitsgebiete mit Angehörigen des höheren Dienstes besetzt sind, einige wenige aber mit solchen des gehobenen Dienstes, lässt sich aus dem Organigramm nicht entnehmen. Falls die Anforderungen an alle Arbeitsgebietsleiter annähernd gleich sein sollten, wäre eine Angleichung auch im Verhältnis höherer/gehobener Dienst angebracht. Dagegen spricht wiederum, dass Unterschiede in der Ausweisung der Stellen um der Möglichkeit der Karriereplanung willen nötig sind. Wenn die tatsächlich auf einer Stelle geleistete Arbeit über die Einstufung der Stelle hinausgeht, muss dem Stelleninhaber die gebotene Bezahlung durch eine andere Organisation verschafft werden (also Umsetzung innerhalb der Dienststelle, eventuell Änderung der Geschäftsverteilung). Letztlich bleibt es eine verwaltungspolitische Entscheidung, ob die Stellenstruktur bei der LDA sich so stark von der sonst in der Verwaltung üblichen unterscheiden soll. Insofern kann auch die gebotene Unabhängigkeit der LDA für diese Entscheidung eine Rolle spielen.

¹⁵⁰ Die zwei Stellen E 6 (also mittlerer Dienst), für die ebenfalls „Arbeitsgebiete“ ausgewiesen sind, bleiben hier unberücksichtigt.

V. Wahrung der vollständigen Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht

1. Die Unabhängigkeit der LDA nach geltendem Recht

Das Amt der LDA ist nach § 22 Abs. 4 Satz 1 und 2 BbgDSG bei dem Präsidenten bzw. der Präsidentin des brandenburgischen Landtags errichtet und ausdrücklich für unabhängig erklärt worden. Die LDA kann gegen den eigenen Willen nur entlassen werden, „wenn Gründe vorliegen, die bei einem Richterverhältnis die Entlassung aus dem Dienst rechtfertigen“ (§ 22 Abs. 3 Satz 4).¹⁵¹ Die Beauftragte unterliegt keiner Fach- oder Rechtsaufsicht, sondern nur der Dienstaufsicht der Parlamentspräsidentin und auch dies nur, soweit die Dienstaufsicht „die Unabhängigkeit des Amtes nicht berührt“ (Satz 3). Was Art. 52 Abs. 4 DSGVO europarechtlich festschreibt, steht im Kern bereits in § 22 Abs. 4 Satz 4 BbgDSG: „Für die Erfüllung der Aufgaben ist die notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen“. Diese Mittel sind im Einzelplan des Landtags in einem besonderen Kapitel auszuweisen (§ 22 Abs. 4 Satz 4 BbgDSG). Die Mitarbeiter werden auf Vorschlag der LDA ernannt (Satz 5); sie können nur im Einvernehmen mit der Beauftragten versetzt oder abgeordnet werden (Satz 6), und nur diese kann ihnen Weisungen erteilen (Satz 7; s. dazu auch Art. 52 Abs. 5 DSGVO). Auch disziplinarrechtlich kann keine andere Stelle in die Dienststelle der LDA „hineinregieren“, denn sie übt für die bei ihr tätigen Beamten „die Aufgaben der obersten Dienstbehörde nach dem Landesdisziplinalgesetz“ aus (Satz 8). Die LDA ist auch „oberste Dienstbehörde im Sinne von § 96 der Strafprozessordnung“, also für etwaige Sperrerkklärungen für amtliche Schriftstücke zuständig; Aussagegenehmigungen für ihre Beamten und sich selbst erteilt sie in eigener Verantwortung (§ 22 Abs. 5).

Die Unabhängigkeit der LDA entspricht also der eines Richters.¹⁵² Während der Richter aber als „Einzelkämpfer“ keinen Einfluss auf seine organisatorische Umwelt hat und keine Hilfskräfte verlangen kann, hat die LDA auch Anspruch auf die zur Aufgabenerfüllung notwendige Ausstattung.

Die LDA erklärt allerdings, „die konsequente Umsetzung dieser Anforderung“ (d.h. der Unabhängigkeit ihrer Behörde) bedinge die Umwandlung ihrer Behörde in eine oberste Landesbehörde. Unberührt bleibe nur die Dienstaufsicht der Landtagspräsidentin/des Landtagspräsidenten über die gewählte Landesbeauftragte/den gewählten Landesbeauftragten. Es ist also zu untersuchen, ob diese Neuorganisation tatsächlich erforderlich ist. Dabei ist zunächst – in Ergänzung des bereits in anderem Zusammenhang Ausgeführten¹⁵³ – auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 9. März 2010 einzugehen, das sich mit der

¹⁵¹ Der andere in § 22 Abs. 3 Satz 4 erwähnte Fall – dass die LDA der Pflicht zur kommissarischen Weiterführung des Amtes nach dem Ablauf der Amtsperiode nicht nachkommt – bedeutet ebenfalls Ausscheiden aus dem Amt kraft eigener Entscheidung und kann daher hier unberücksichtigt bleiben.

¹⁵² Ein Unterschied in der Formulierung besteht insofern, als der Richter der Dienstaufsicht unterliegt, soweit seine Unabhängigkeit „nicht beeinträchtigt wird“ (§ 26 Abs. 1 DRiG). Das BbgDSG schützt die richterliche Unabhängigkeit schon vor „Berührung“. Ob das auch in der Sache einen Unterschied ausmacht, kann hier dahinstehen.

¹⁵³ S. oben II. 5 a.

Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden für den nicht-öffentlichen Bereich befasst.¹⁵⁴

2. Das Urteil des EuGH vom 9. März 2010 und die Vorgaben der DSGVO

Deutschland hatte nach dem Urteil des EuGH vom 9. März 2010 die Vorgabe des Art. 28 Abs. 1 Unterabsatz 2 der EG-Datenschutzrichtlinie¹⁵⁵ falsch umgesetzt, weil es die Kontrollstellen zur Überwachung der Datenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich einer staatlichen Aufsicht unterstellt hatte, statt sie „in völliger Unabhängigkeit“ arbeiten zu lassen. Der EuGH interpretierte diese Bestimmung so, dass nicht nur die Abhängigkeit von den zu kontrollierenden Stellen vermieden werden müsse, sondern jede Form von Einflussnahme Außenstehender auf die Kontrolltätigkeit dieser Behörden. In der Begründung heißt es u.a., es lasse sich „nicht ausschließen, dass die Aufsichtsstellen, die Teil der allgemeinen Staatsverwaltung und damit der Regierung des jeweiligen Landes unterstellt sind, nicht zu objektivem Vorgehen in der Lage sind, wenn sie die Vorschriften über die Verarbeitung personenbezogener Daten auslegen und anwenden“.¹⁵⁶ Die Regierung des betroffenen Landes habe nämlich „möglicherweise ein Interesse an der Nichteinhaltung der Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn es um die Verarbeitung solcher Daten im nichtöffentlichen Bereich geht“.¹⁵⁷ „Bereits die bloße Gefahr einer politischen Einflussnahme auf die Entscheidungen der Kontrollstellen“ reiche aus, um deren unabhängige Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinträchtigen. Zum einen könne es einen „voraussetzenden Gehorsam“ der Kontrollstellen geben, zum anderen erfordere es „die Rolle der Kontrollstellen als Hüter des Rechts auf Privatsphäre, dass ihre Entscheidungen, also sie selbst, über jeglichen Verdacht der Parteilichkeit erhaben sind“.¹⁵⁸

Diese Interpretation der EG-Datenschutzrichtlinie ist zwar von den deutschen Datenschutzbehörden und auch von manchen wissenschaftlichen Autoren begrüßt worden. Sie ist andererseits aber auch auf entschiedene Kritik gestoßen.¹⁵⁹ Mit dem Gebot demokratischer Legitimation allen staatlichen Handelns ist das Urteil des EuGH kaum vereinbar.¹⁶⁰ Es wird sogar bezweifelt, ob es eine „völlige“ Unabhängigkeit einer Behörde überhaupt geben kann.¹⁶¹ Nimmt man die Begründung des EuGH-Urteils ernst, so bedeutet sie eine generelle Misstrauenserklärung gegenüber der Bundesregierung und allen Landesregierungen, die konsequenterweise auch auf andere Verwaltungsbereiche übertragen werden müsste. Welches Interesse die Regierung an einer unerlaubten Einflussnahme auf die Gesetzesanwendung durch die Behörden haben sollte, wird nicht erklärt. Tatsächlich ist in der jahrzehntelangen deutschen Datenschutzkontrollpraxis niemals der Verdacht geäußert worden, die Aufsichtsbehörden hätten unter unzulässigem Einfluss Dritter „parteilich“ gehandelt; andererseits können auch völlig unabhängige Behörden „parteilich“ im Sinne von „einseitig“ oder „voreingenommen“ handeln.

¹⁵⁴ Rs. C-518/07 (Kommission/Deutschland), abgedruckt u.a. in EuZW 2010, 296.

¹⁵⁵ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

¹⁵⁶ Urteil des EuGH v. 9. März 2010, Rs. C-518/07, Rn. 34.

¹⁵⁷ Ebd. Rn. 35.

¹⁵⁸ Ebd. Rn. 36.

¹⁵⁹ Vgl. oben II. 5. a.

¹⁶⁰ So auch H. A. Wolff (Fn. 48), S. 1077 ff.

¹⁶¹ von Lewinski (Fn. 48), ZG 2015, 228 (239 ff.).

Die Landesgesetzgeber haben das Urteil aber umgesetzt, indem sie die datenschutzrechtliche Aufsicht den unabhängigen Datenschutzbeauftragten oder einer selbstständigen Behörde übertragen haben, die als oberste Landesbehörde eingerichtet wurde.¹⁶² In mehreren Ländern wurde die Verfassung geändert, um die Herausnahme des Datenschutzbeauftragten aus der weisungsgebundenen Verwaltung zu legitimieren.¹⁶³ Es gibt daher heute keine Datenschutzaufsichtsbehörde mehr, die unter einer Rechts- oder Fachaufsicht der Regierung stünde. Einflussnahme ist nur noch der Volksvertretung zugebilligt; der Landtag bestimmt durch die Wahl des Amtsträgers/der Amtsträgerin die ungefähre Richtung der Datenschutzaufsicht, entscheidet über den Haushalt und nimmt Rechenschaftsberichte entgegen. Die Dienstaufsicht durch den Präsidenten bzw. die Präsidentin des Landtags hat keinen Einfluss auf die Amtsführung. Die von Entscheidungen der Behörde betroffenen Personen und Unternehmen können sich dagegen nur über die Anrufung von Gerichten wehren (s.a. Art. 78 Abs. 1 DSGVO). Der Bundesgesetzgeber war von dem EuGH-Urteil nur insofern betroffen, als die Bundesbeauftragte auch Aufsichtsbehörde für die Post- und Telekommunikationsunternehmen ist, hat aber, wie oben zu II. 4. ebenfalls die Umwandlung der Dienststelle in eine oberste Bundesbehörde beschlossen.¹⁶⁴

Die Pflicht der EU-Mitgliedstaaten, die Datenschutzaufsichtsbehörden angemessen auszustatten, ist in der DSGVO ausführlicher formuliert als in der EG-Datenschutzrichtlinie. Während dort nur allgemein von den „notwendigen Mitteln für die Erfüllung dieser Aufgabe“ die Rede ist und als Erläuterung die Untersuchungs- und Einwirkungsbefugnisse genannt werden, nennt Art. 52 Abs. 4 DSGVO ausdrücklich die „personellen, technischen und finanziellen Ressourcen, Räumlichkeiten und Infrastrukturen“ und erwähnt bei den „Aufgaben und Befugnissen“ auch Amtshilfe, Zusammenarbeit und Mitwirkung im Ausschuss“. Eine inhaltliche Erweiterung der Ausstattungspflicht gegenüber dem geltenden Recht ist damit nicht statuiert; Maßstab der Notwendigkeit sind die im Kern unveränderten, nur um einzelne besonders genannte Hilfstätigkeiten ausgeweiteten Aufgaben (s. oben II. 4.).

Diese Pflicht war schon vor Erlass der DSGVO in Deutschland vollständig erfüllt. Zwar haben immer wieder einzelne Datenschutzbeauftragte beklagt, dass sie zu wenig Personal hätten. Es ist aber nirgends behauptet worden, dass sie deswegen ihre Aufgaben nicht hätten wahrnehmen können. Dass selbstgesetzte Ziele, was die Menge und die Intensität der Aufgabenwahrnehmung angeht, nicht immer erreicht wurden, kommt in allen Bereichen der Verwaltung und der Wirtschaft vor; auch dass die Mitarbeiter besonders viel zu tun haben, ist für sich allein kein ausreichender Grund für eine Personalvermehrung – es gibt, wie dargelegt, andere Mittel, die Belastung in Grenzen zu halten (s. oben III. 4. und 5.).

¹⁶² So wurde außer dem Unabhängigen Landeszentrum Datenschutz Schleswig-Holstein jetzt auch das Unabhängige Datenschutz-Zentrum Saarland geschaffen (vgl. den 25. TB des saarländischen Landesbeauftragten 2013/14 (Landtags-Drs. 15/1320 vom 23.4.2015).

¹⁶³ Zuletzt in Hamburg durch ein soeben beschlossenes Gesetz zur Stärkung der Unabhängigkeit des beziehungsweise der Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit; BgSch.-Drs. 21/5049 vom 28.6.2016

¹⁶⁴ § 22 Abs. 5 BDSG i. d. F. von Art. 1 Nr. 9 Buchst. f des Gesetzes v. 25.2.2015, BGBl. I S. 162.

3. Gründe für und gegen die Einrichtung der LDA als oberste Landesbehörde

Trotz der dargestellten Absicherung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden wird in der Literatur noch die Ansicht vertreten, das Urteil des EuGH sei nicht hinreichend umgesetzt; geboten sei die vollständige Verselbständigung der Datenschutzbehörden als oberste Landesbehörden,¹⁶⁵ wie bereits in den Ländern Berlin, Hamburg, Hessen und Niedersachsen geschehen.¹⁶⁶ Auch die LDA meint, ihr Anspruch auf angemessene Ausstattung mache die Umwandlung ihrer Behörde in eine oberste Landesbehörde nötig.

Diese Schlussfolgerung ist nicht zwingend. Die Anbindung beim Landtag genügt den Anforderungen des EuGH. Diese organisatorische Zuordnung besteht in den meisten Bundesländern; ihre Modalitäten sind zuletzt in der Anhörung des Ausschusses für Justiz und Datenschutz der Hamburgischen Bürgerschaft am 1. Dezember vorigen Jahres erörtert worden.¹⁶⁷ Das Ergebnis dieser Sachverständigenanhörung war, dass die *beiden* Modelle „Oberste Landesbehörde“ und „Anbindung beim Landtag“ gleich geeignet sind, die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten zu wahren, soweit nur einige wenige Vorkehrungen getroffen werden, insbesondere die Dienstaufsicht des Landtagspräsidenten bzw. der Landtagspräsidentin ihre Grenze dort findet, wo diese Unabhängigkeit beeinträchtigt werden könnte.¹⁶⁸ Für die Einrichtung einer obersten Landesbehörde wird nur geltend gemacht, dass in diesem Fall überhaupt keine Dienstaufsicht vorgesehen ist, diese andererseits aber eben wegen der notwendigen Einschränkung „mit hoher Wahrscheinlichkeit gegenstandslos und damit verzichtbar“ sei.¹⁶⁹

Die LDA erwartet von der „Hochstufung“ ihrer Dienststelle zu einer obersten Landesbehörde auch, dass sie in den Haushaltsverhandlungen eine günstigere Position erlangt. Nach geltendem Recht muss zunächst die Landtagsverwaltung die Voranschläge in den Einzelplan des Landtags übernehmen. Das Finanzministerium prüft diese Voranschläge und kann sie („nach Benehmen mit den beteiligten Stellen“) ändern (§ 28 Abs. 1 LHO). Für die Voranschläge dreier Verfassungsorgane, nämlich des Landtags, des Verfassungsgerichts und des Rechnungshofes, gelten besondere Verfahrensregeln: Abweichungen von diesen Voranschlägen müssen zunächst der Landesregierung mitgeteilt werden, und bei Fortbestehen des Dissenses sind die strittigen Teile dem Haushaltsplanentwurf beizufügen (§§ 28 Abs. 3, 29 Abs. 3 LHO). Eine entsprechende verfahrensmäßige Begünstigung der obersten Verfassungsorgane sieht die Bundeshaushaltsordnung vor (§§ 28, 29 BHO). Der Bundesgesetzgeber hat jedoch bei der Umwandlung der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die

¹⁶⁵ So etwa Thomé (Fn. 49); Hans-Hermann Schild (Fn. 49), DuD 2010, 549 (551 f.).

¹⁶⁶ Soweit bekannt, ist jedoch in den anderen Ländern keine Änderung geplant oder die Frage ist noch nicht entschieden.

¹⁶⁷ Ausschussprotokoll Nr. 21/4. In dieser Anhörung hat Rolf Breidenbach vom Ministerium des Inneren und für Kommunales die Rechtslage in Brandenburg erläutert und dabei insbesondere auf ein Schreiben der EU-Kommission an eine Landtagsfraktion, wonach es (nur) eine eingeschränkte Dienstaufsicht über die LDA geben darf, so wie dies anschließend im Gesetz vom 28.7.2015 (GVBl. I/2015/Nr. 22) beschlossen wurde.

¹⁶⁸ Ausdrücklich erklären die Antragsteller der Hamburger Verfassungsänderung (Fraktionen der SPD, CDU, Grüne, Die Linke und FDP), dass die völlige Unabhängigkeit des HmbBfDI im Einklang mit der Rspr. des EuGH entweder durch Anbindung an die Bürgerschaft oder im Rahmen einer organisatorischen Alleinstellung hergestellt werden könne (Drs. 21/5049 S. 2 f.).

¹⁶⁹ AaO. S. 3.

Informationsfreiheit in eine oberste Bundesbehörde davon abgesehen, eine entsprechende Begünstigung in die Haushaltsordnung aufzunehmen.¹⁷⁰

Die LDA berichtet, dass es dem Datenschutzbeauftragten eines anderen Bundeslandes verwehrt worden sei, seine Personalforderungen dem Parlament vorzutragen. Eine solche „Behinderung“ könnte ausgeräumt werden, wenn der LDA durch spezielles Gesetz das Recht eingeräumt würde, ihre Haushaltsanmeldungen dem Landtag als Haushaltsgesetzgeber (d.h. dem Haushaltsausschuss) unmittelbar vorzulegen (und auch unmittelbar über die Wirtschaftsführung Rechnung zu legen). Ob sich diese Unmittelbarkeit letztlich als Vorteil erweisen würde, ist fraglich.

Es ist jedenfalls nicht ausgemacht, dass die Haushaltsanmeldungen der LDA größere Chancen hätten, wenn sie unter dem Briefkopf einer selbständigen obersten Landesbehörde vorgetragen würden, als wenn sie – wie jetzt – von der Landtagsverwaltung (in der Funktion als „Mentor“ der Dienststelle) dem Landtag als Haushaltsgesetzgeber übermittelt werden. Es könnte sogar ungünstiger sein, ohne einen politisch starken Fürsprecher in die Haushaltsverhandlungen eintreten zu müssen.

Hinzu kommt ein weiteres gewichtiges Gegenargument: Im öffentlichen Bereich ist es mit der Idee der Gewaltenteilung und dem Gebot demokratischer Legitimation staatlichen Handelns schwer vorstellbar, dass eine vollkommen unabhängige, auch durch das Parlament nicht korrigierbare Exekutivbehörde einer anderen, die ihrerseits der Regierung und dem Parlament verantwortlich ist, verbindliche Weisungen erteilen oder gar Bußgelder gegen sie verfügen soll. Eben dieses Recht beanspruchen die Datenschutzbeauftragten auf der Grundlage von Art. 58 Abs. 2 und 5 DSGVO. Diese Frage ist allerdings noch nicht ausdiskutiert, die Bußgeldbefugnis vom Gesetzgeber noch nicht entschieden.

Neben der Lösung, eine solche Kontrollfunktion unter dem Dach der Legislative anzusiedeln, die auch sonst Kontrolle über die Exekutive ausübt, ist auch die in Schleswig-Holstein gewählte Konstruktion zu erwägen, dass eine Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet wird, die für die Datenschutzaufsicht im öffentlichen wie im nicht-öffentlichen Bereich zuständig ist. Die Dienstaufsicht (mit der Einschränkung, dass die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten gewahrt bleiben muss) hat in diesem Fall der Ministerpräsident.¹⁷¹

4. Aufwand für die Errichtung einer obersten Landesbehörde

Die Stellenhebungen, die die LDA fordert, sind (oben zu IV. 3.) unabhängig von der Frage der Errichtung einer obersten Landesbehörde beurteilt und im Wesentlichen für gerechtfertigt erklärt worden. Bei Umwandlung der Dienststelle in eine oberste Landesbehörde würden möglicherweise weitere Kosten entstehen. Die BfDI hat für

¹⁷⁰ von Lewinski (Fn. 48), ZG 2015, 228 (240).

¹⁷¹ §§ 32, 36 LDSG SH. In Nordrhein-Westfalen ist der Landesbeauftragte „eine Landesbehörde“. Er ist „oberste Dienstbehörde“, aber nicht oberste Landesbehörde, für seine eigenen beamtenrechtlichen Angelegenheiten ist das Ministerium für Inneres und Kommunales zuständig „mit der Maßgabe, dass die Wahrnehmung der Zuständigkeit die Unabhängigkeit des Landesbeauftragten ... nicht beeinträchtigt“ – also wie in Brandenburg die Dienstaufsicht der Landtagspräsidentin (§ 21 Abs. 3 DSG NRW i.d.F.v. 5.7.2011).

die Umwandlung ihrer Dienststelle in eine oberste Bundesbehörde eine größere Zahl von Stellen erhalten.¹⁷² Auch in den Ländern, die für den Datenschutz eine oberste Landesbehörde eingerichtet haben, ist Verwaltungsaufwand entstanden, für den in gewissem Ausmaß neue Stellen bewilligt worden sind und der sonst von dem vorhandenen Personal getragen werden muss.¹⁷³ Die LDA weist aber darauf hin, dass die Haushaltsbewirtschaftung, die Personalverwaltung und auch die Haushaltsanmeldungen mitsamt den Abstimmungsgesprächen bereits jetzt in ihrer Behörde erledigt werden.¹⁷⁴ Sieht man von der Höherstufung der LDA ab – die u. U. auch mit der Umwandlung der Behörde in eine oberste Landesbehörde begründet werden könnte(s. oben IV. 4. a) –, so wäre wohl eine kostenneutrale Umwandlung möglich.

5. Verfahrensänderungen

Änderungsbedarf ergibt sich für einige formale und prozessuale Regelungen zur Aufstellung des Landeshaushalts. Der Sächsische Datenschutzbeauftragte hat auf der Sitzung der Arbeitsgruppe der Landtagsdirektoren am 20. Juni 2016 mit Recht ausgeführt, dass die derzeitigen Verfahrensabläufe (bezogen auf den Freistaat Sachsen, aber wohl weitgehend übertragbar auf die anderen Länder) mit einer selbstständigen Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten nicht vereinbar seien. Es handelt sich dabei nicht um Rechtsvorschriften, sondern nur um eine tradierte Verwaltungspraxis, insbesondere die Übung, dass (in Sachsen) das Finanzministerium seine Vorgaben einzelplanbezogen erteilt, das Kapitel des Datenschutzbeauftragten also mit dem des Landtags und seiner Verwaltung zusammengefasst wird. Der Landtagspräsident hat in diesem Fall formal die Gesamtverantwortung für die Einhaltung oder Überschreitung der Budgetgrenzen, ohne inhaltlich auf den Haushalt der Datenschutzbehörde Einfluss nehmen zu können. Diese Praxis lässt sich ändern. Die LDA muss selbst die förmliche Verantwortung für ihren Haushaltsplan übernehmen und auch die Bewirtschaftung vor dem Rechnungshof verantworten. Aber ob diese vollkommene Eigenständigkeit wirklich von Vorteil ist, lässt sich – wie in Abschnitt V. 3. schon dargelegt – bezweifeln.

In Sachsen gibt es Sammelansätze, die in jedem Einzelplan nur einmal in dessen Kopf- oder Sammelkapitel ausgebracht werden und für den gesamten Einzelplan gelten. Eine Trennung ist nach Ansicht des Sächsischen Datenschutzbeauftragten nicht möglich. Für Brandenburg ist dies durch die Praxis der getrennten Ausweisung widerlegt. Auch das weitere Monitum des Sächsischen Datenschutzbeauftragten, dass Ausgleiche für Stellenbesetzungen, die vom festgestellten Haushaltsplan abweichen, „immer einzelplanbezogen“ erbracht werden müssten, ist auf andere Länder nicht übertragbar.

¹⁷² Vgl. oben bei Fn. 79.

¹⁷³ Der Sächsische Datenschutzbeauftragte fordert unter dem Titel „Organisatorische Selbständigkeit – Bildung eines Verwaltungsreferats“ acht neue Stellen vom Referatsleiter A 16 bis zum Betriebshandwerker/Kraftfahrer/Boten E 5; zieht man davon den Referatsleiter, die beiden geforderten Justiziar-Stellen A 15, den Sachbearbeiter Personal und den EDV-Administrator ab, die möglicherweise ohnehin benötigt werden, so bleiben immer noch drei zusätzliche Stellen für die organisatorische Verselbständigung als oberste Landesbehörde.

¹⁷⁴ Anmerkungen (Fn. 1), S. 15 zu V. 4.

VI. Ergebnisse

1. Beantwortung der Gutachtenfragen

(1) Die Aufgabe der Datenschutzaufsichtsbehörden besteht nach der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung darin, die Anwendung dieser Verordnung zu überwachen und durchzusetzen. Diese Aufgabe ist im Kern nicht neu; es ändern sich nur die Regeln für ihre Ausführung. Einige der zu diesem Zweck ohnehin üblichen und von allen deutschen Datenschutzbehörden praktizierten Tätigkeiten (vor allem Öffentlichkeitsarbeit, Beratung von Regierung und Parlament, Untersuchung von Beschwerden und Zusammenarbeit mit anderen Aufsichtsbehörden) sind nunmehr in Art. 57 DSGVO ausdrücklich vorgeschrieben.

Als neue Verpflichtungen der Aufsichtsbehörden fügt die DSGVO insbesondere die Beteiligung an Selbstregulierungsvorhaben der datenverarbeitenden Stellen und an Initiativen zur Einführung von Datenschutzzertifizierungsmechanismen und Gütesiegeln hinzu. Auch insofern handelt es sich nicht um grundlegend neue Aufgaben der LDA, sondern um Hilfstätigkeiten zur Erfüllung der eigentlichen Aufgabe, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durchzusetzen. Das BDSG sieht bereits jetzt die Beteiligung der Datenschutzaufsichtsbehörden an der Einführung von Verhaltensregeln durch Berufsverbände u.ä. vor (§ 38a), und mit der Einführung von Zertifizierungsverfahren ist schon vor längerer Zeit begonnen worden.

Wahrscheinlich ist aber, dass der Arbeitsanfall der Dienststelle nach Inkrafttreten der Verordnung wächst. Das betrifft in erster Linie die datenschutzrechtliche Beratung von Unternehmen und Behörden sowie Anfragen von Bürgern. Hinzu kommt die Notwendigkeit verstärkter Zusammenarbeit mit anderen Datenschutzbehörden und die Beteiligung an der europaweiten Vereinheitlichung der Datenschutzpraxis. Damit wird vermutlich deutlich mehr Abstimmung, also zwischenbehördliche Kommunikation und Dienstreisetätigkeit nötig werden. Das Ausmaß dieser Arbeitsbelastung kann nicht im Vorhinein bestimmt werden. Es wird bis zu einem gewissen Grade durch organisatorische Maßnahmen und Vorrangentscheidungen der LDA bestimmt werden; s. unten zu (4). Es fallen aber keine Aufgaben weg, so dass jedenfalls dadurch kein Ausgleich stattfinden wird.

Ungewiss ist auch, ob die EU-Datenschutzreform landesspezifische Auswirkungen für Brandenburg haben wird. Die Datenverarbeitung der Behörden und Unternehmen des Landes wird durch die DSGVO nicht in relevanter Weise eingeschränkt, sondern nur stärker reguliert. Eine Änderung der Ansiedlungspolitik ist nicht zu erwarten. Unmittelbar spürbare Auswirkungen der EU-Rechtsetzung sind allenfalls in begrenztem Maße denkbar, etwa in Gestalt vermehrter Informationsbitten von Unternehmen und Medien und von mehr Beschwerden Betroffener, für die bisher keine Zuständigkeit der Landesdatenschutzbehörde gegeben war.

Als personalwirtschaftliche Maßnahme, die zur Umstellung auf die DSGVO beitragen könnte, wäre neben internen Umsetzungen allenfalls eine vorübergehende Verstärkung der Dienststelle durch Abordnung oder Versetzung von Mitarbeitern anderer Landesbehörden denkbar. Damit könnte möglicherweise ein zeitweise ansteigender Beratungsbedarf gedeckt werden. Dagegen spricht jedoch, dass die abgeordneten Mitarbeiter erst eingearbeitet werden müssten, während bei den ständigen Mitarbeitern

der LDA bereits ein hohes Maß an Sachverstand und Erfahrung in der Anwendung des Datenschutzrechts vorhanden ist.

(2) Es ist unmöglich, eine „optimale“ Personalausstattung der LDA theoretisch zu errechnen. Fragt man nach der angemessenen Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben, so kann die gegenwärtige Besetzung der Dienststelle im Wesentlichen als ausreichend bezeichnet werden: Die Mitarbeiter erfüllen gemeinsam den Auftrag der LDA. Im bundesweiten Vergleich der Datenschutzaufsichtsbehörden steht die Dienststelle der LDA nicht schlecht da. Eine moderate Personalverstärkung würde aber die Arbeitsbelastung der vorhandenen Mitarbeiter mindern und die interne Struktur der Dienststelle verbessern. Sie wäre auch im Hinblick auf die neuen Vorschriften der DSGVO gerechtfertigt.

Eine Verbesserung könnte auch durch Änderung der Prioritäten in der Dienststelle erreicht werden. Die umfangreichen Beratungstätigkeiten könnten behutsam zurückgenommen werden. Die vorbeugende Beratung von Behörden und Unternehmen ist – abgesehen von den durch § 23 Abs. 3 und 4 BbgDSG privilegierten Stellen und den Fällen der §§ 7 Abs. 2, 7a Abs. 3 Satz 4 und 10a Abs. 3 Satz 2 BbgDSG sowie der Anrufung durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten (§ 4g Abs. 1 Satz 2 und 3 i.V.m. § 38 Abs. 1 Satz 2 BDSG – vom Gesetz nicht verbindlich vorgeschrieben, sondern von der LDA freiwillig übernommen. Trotz guter Gründe für diese Methode der Prävention kann und sollte die nach dem Gesetz vorrangige Kontrollaufgabe künftig intensiver wahrgenommen werden. Mit den anderen Datenschutzbehörden sollte außerdem vereinbart werden, dass bestimmte Prüfungen, die nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der LDA fallen, im Wege der Arbeitsteilung von anderen vorgenommen werden. In der überregionalen und supranationalen Zusammenarbeit mit anderen Datenschutzaufsichtsbehörden und dem Europäischen Datenschutzausschuss könnte die LDA darauf verzichten, sich zu allen einschlägigen Themen zu äußern; eine Verteilung der Themen auf die Gesamtheit der Landesdatenschutzbehörden und die Bundesbeauftragte könnte entlastend wirken. Typische Fragen der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung sind nicht landesspezifisch lösbar und brauchen daher nicht von den Datenschutzbehörden aller Länder eigenständig untersucht und kommentiert zu werden; die Ergebnisse werden ohnehin ausgetauscht und regelmäßig einheitlich veröffentlicht.

(3) Die der LDA zugewiesenen Stellen sind im Großen und Ganzen angemessen eingestuft. Ob die Spitzenpositionen der Dienststelle angehoben werden sollen, ist eine politische Ermessensfrage.

(4) Auch organisatorische Maßnahmen sind geeignet, die Aufgabenerfüllung der Dienststelle auch künftig weitgehend zu gewährleisten. In Betracht kommen insbesondere und in erster Linie – wie schon zu (2) betont – neue Schwerpunktsetzungen, um die Kontrollen bei staatlichen und kommunalen Stellen und die Datenschutzaufsicht über nicht-öffentliche Datenverarbeiter konsequent fortführen und die speziell in der DSGVO aufgeführten Verpflichtungen erfüllen zu können.

Die gegenwärtige Referatsstruktur ist nicht optimal auf die Aufgaben abgestimmt, so dass eine Reorganisation wünschenswert erscheint.

Ob die vorhandenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter effektiver eingesetzt werden können, hängt u.a. von deren jeweiliger persönlicher Qualifikation und Leistungsfähigkeit ab; hier ist die Führung der Dienststelle gefragt.

(5) Die DSGVO verpflichtet das Land nicht dazu, die Zuordnung der LDA zum Landtag zu ändern. Die „völlige Unabhängigkeit“ der LDA im Sinne von Art. 52 Abs. 1 und 2 DDDSGVO ist gewährleistet. Die Umwandlung in eine oberste Landesbehörde ist nicht geboten; es kann bei der Anbindung beim Landtag bleiben. Die Stellung der LDA würde aber weiter gestärkt, wenn sichergestellt würde, dass ihre Anmeldungen zum Haushalt den Abgeordneten unverändert vorgelegt werden müssen.

2. Die Personalforderungen der LDA im Einzelnen

Aus den vorstehenden Antworten auf die Gutachtenfragen folgt, dass die Personalforderungen der LDA nur teilweise begründet sind. Unter dem Vorbehalt, dass eine genaue Berechnung des Personalbedarfs aus den dargestellten Gründen (s. oben zu III. 3.) und wegen der Ungewissheit über die Entwicklung des Beratungsbedarfs nicht möglich ist, kann das Personalkonzept der LDA zumindest wie folgt beurteilt werden (vgl. auch das Fazit in III. 3. b ee, oben S. xx):

Zu 2.1: Die beiden Stellen E 15 (Auslegung der DSGVO) sind nicht überzeugend begründet (s. oben III. 2. a). Nicht die Aufgaben ändern sich, sondern der Maßstab, nach dem sie wahrzunehmen sind. Personalverstärkung garantiert keine bessere Auslegung.

Zu 2.2: Nicht schlüssig begründet sind auch die beiden Stellen E 13 „zur Erfüllung der Beratungspflicht“ (s. oben III. 2. b). Kapazität für vielfältige Beratung von Betroffenen und Datenverarbeitern ist in der Dienststelle vorhanden; die Belastung hängt auch von den eigenen Schwerpunktsetzungen ab.

Zu 2.3: Die neu eingeführte Datenschutz-Folgenabschätzung ist zunächst eine Verpflichtung der für die Datenverarbeitung Verantwortlichen. Auch bei der Festlegung technischer und organisatorischer Maßnahmen wie Privacy by Design und Privacy by Default ist die eigene Verantwortung der datenverarbeitenden Stellen vorrangig. Die Mitwirkung der LDA daran kann je nach Entwicklung der Fallzahlen eine Personalverstärkung rechtfertigen. Damit bei steigender Gesamtbelastung der Dienststelle künftig wieder mehr anlassunabhängige Kontrollen bei Behörden und Unternehmen durchgeführt (und auch alle in der DSGVO ausdrücklich vorgeschriebenen Hilfstätigkeiten sorgfältig wahrgenommen) werden können, sollte die Bewilligung neuer Stellen erwogen werden.

Aus den verschiedenen Ansätzen zur quantitativen Einschätzung des zusätzlichen Beratungs- und Kontrollbedarfs insgesamt und zu den organisatorischen Alternativen lässt sich folgern, dass jedenfalls **zwei neue Referentenstellen** angemessen sein können. Es sollte aber klar sein, dass dies mangels zuverlässiger Belastungsprognosen nur eine grobe Schätzung darstellt.

Zu 2.4: Für die Verselbständigung eines **Justizariats** ist eine Personalverstärkung (eine Stelle) vertretbar, wenn auch nicht vordringlich.

Zu 2.5/2.6: Da die Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden intensiver werden wird und das Kohärenzverfahren arbeitsaufwendig sein dürfte, kann es künftig gerechtfertigt sein, auch aus diesem Grunde zusätzliches Personal vorzusehen. Es empfiehlt sich aber, zunächst die Entwicklung des Arbeitsanfalls und die Auslastung der zusätzlich ausgestatteten Dienststelle abzuwarten (s. oben III. 2. e/f).

Zu 2.7: Ob in verstärktem Maße Amtshilfe zwischen den Datenschutzbehörden gefordert sein wird, ist ungewiss. Eine Personalverstärkung unter diesem Aspekt ist gegenwärtig nicht geboten (s. oben III. 2. g).

Zu 2.8: Angesichts der großen Bedeutung der Öffentlichkeitsarbeit für die Wirksamkeit der Dienststelle ist es angebracht, diesen Aufgabenbereich personell zu verstärken. Die Forderung nach einer E 13-Stelle ist begründet (s. oben III. 2. h).

Zu 4.3: Die Einstellung einer Fremdsprachensekretärin (E 6) ist wegen der zunehmenden internationalen Kontakte der Dienststelle erforderlich (s. oben III. 2. i).

Zu 4.4: Vertretbar erscheint auch die Einstellung eines Systemadministrators für die interne Datenverarbeitungstechnik (s. oben III. 2. j). Dazu wird eine neue Stelle E 10 benötigt.

3. Die beantragten Stellenhebungen

Die Hebung der Stelle der LDA von der Besoldungsgruppe B 3 auf B 5 ist gerechtfertigt, wenn der bundesweite Vergleich der Leiter von Datenschutzbehörden zugrunde gelegt wird. Das Land kann aber nach dem Grundgesetz eigenständige Erwägungen anstellen und eine Stellenhebung im Hinblick auf die landesinterne Vergleichbarkeit oder/und die Finanzlage des Landes ablehnen. Der Gesetzgeber hat hier politisches Ermessen.

Wird die Stelle der LDA angehoben, so spricht alles dafür, auch die Stelle ihres Vertreters anzuheben. Nach einer Reorganisation des Bereichs „Verwaltung“ ist die Hebung der Stelle des Bereichsleiters auf A 16 vertretbar. Zwei weitere Hebungen von Sachbearbeiterstellen sind ebenfalls begründbar.