



Ausschuss für Inneres und Sport

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Datenschutz- Grundverordnungs-Ausfüllungsgesetzes Sachsen-Anhalt

Gesetzentwurf Fraktionen CDU, SPD und FDP

—

- **Stellungnahme von Dr. Malte Engeler vom 06.04.2023**

Mathias Goldbach
Ausschussdienst

Bereitstellung im AIS/RIS/SIS

Web: www.MalteEngeler.de
Mastodon: [@malteengeler@legal.social](https://social.malteengeler.de/@malteengeler)
E-Mail: kontakt@malteengeler.de

**Landtag von Sachsen-Anhalt
Landtagsverwaltung**

Nur per E-Mail an: landtag@lt.sachsen-anhalt.de

Stellungnahme

im Rahmen der schriftlichen Anhörung anlässlich der Sitzung
des Ausschusses für Inneres und Sport des Landtages von Sachsen-Anhalt
am 13. April 2023

zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Datenschutz-Grundverordnungs-
Ausfüllungsgesetzes Sachsen-Anhalt**

Gesetzentwurf Fraktionen CDU, SPD und FDP - Drs. 8/2255

vorgelegt von

Dr. iur. Malte Engeler*

Richter am Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht

* Der Sachverständige ist derzeit im Rahmen einer Abordnung im Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz (BMUV) tätig. Die Stellungnahme gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Sachverständigen wieder und verwendet – wo ein inklusiver Sprachgebrauch ungeeignet ist, wenn wörtlich zitiert wird oder wenn ausdrücklich nur männliche Personen gemeint sind – aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Femininum.

Gliederung

A.	Zur Europarechtswidrigkeit des Entwurfs	4
I.	Zur Abschaffung der Pflicht der Ermittlung der Landesbeauftragten für den Datenschutz mittels öffentlicher Stellenausschreibung	4
1.	Zu den minimalen Anforderungen an ein „transparentes Verfahren“ im Sinne des Art. 53 Abs. 1 DSGVO.....	5
a)	Zur Systematik des Art. 53 Abs. 1 DSGVO	5
c)	Zur Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts	9
d)	Zur verfahrensrechtlichen Dimension des Grundrechts auf Schutz personenbezogener Daten	10
e)	Zwischenergebnis	10
2.	Zur Begründung des Regierungsentwurfs	11
II.	Zur Abschaffung der begrenzten Wiederwählbarkeit	12
B.	Zu einer möglichen Umsetzung des Art. 53 Abs. 1 DSGVO	13
C.	Wiederkehrende Einwände gegen ein transparentes Verfahren	15

Sehr geehrte Menschen,

ich bedanke mich für die Gelegenheit, zu diesem Entwurf eine Stellungnahme einreichen zu können.

Die Transparenz des Ernennungsverfahrens der Datenschutzbehördenleitung ist in doppelter Hinsicht von Bedeutung, weil sie gleichzeitig zwei zentrale Herausforderungen der Gegenwart betrifft: Die menschenwürdige Gestaltung der Digitalisierung und die Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze.

Ein transparentes Verfahren im Sinne des Art. 53 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ist einerseits unverzichtbarer Teil einer unabhängigen sowie fachkundigen Aufsichts- und Beratungstätigkeit, die im Sinne aller Beteiligten einen fairen und verlässlichen Vollzug des Datenverarbeitungsrechts gewährleistet. Gleichzeitig ist ein transparentes Ernennungsverfahren im Angesicht multipler rechtsstaatlicher Erosionserscheinungen Ausdruck eines klaren Bekenntnis zu demokratischen Grundsätzen.

Verfahrensregelungen sind kein Selbstzweck, sondern Ausdruck der Erkenntnis, dass jede demokratische Staatsgewalt ihre Legitimität nur aus der Kontrollmöglichkeit der Menschen ableitet. Verfahrensregelungen wiederum sind Grundvoraussetzungen für Rechtsschutz gegen Willkür und Machtmissbrauch. Umso alarmierender ist der vorgelegte Entwurf, denn er verweigert sich – offenbar bewusst und gezielt – beiden Herausforderungen. Die den Entwurf tragenden Fraktionen sind daher nachdrücklich aufgerufen, von ihm Abstand zu nehmen.

Die Fraktionen des Landtags sind allerdings nicht nur aufgerufen, von den geplanten Änderungen Abstand zu nehmen, sondern auch dazu, den bisher ungenutzten Raum für ein transparentes Verfahren i.S.d. Art. 53 DSGVO im Datenschutz-Grundverordnungs-Ausfüllungsgesetzes Sachsen-Anhalt (DSAG LSA) aktiv auszufüllen. Konkret braucht es Vorgaben, die ein Maß an Transparenz gewährleisten, das – entsprechend den Zielen des Art. 53 DSGVO – der Bedeutung der Aufgabe der Datenschutzaufsichtsbehörden sowie dem verfassungsrechtlichen Gebot des Grundrechtsschutzes durch Verfahren gerecht wird.

Zur Begründung möchte ich im Einzelnen erläutern,

- warum der Gesetzesentwurf gegen Europarecht, konkret Art. 53 DSGVO, verstößt (dazu unter A.),
- wie Art. 53 DSGVO umgesetzt werden könnte (dazu unter B.),
- warum verbreitete politische Vorbehalte gegen die Schaffung von Regeln über ein transparentes Ernennungsverfahren nicht überzeugen können (dazu unter C.).

A. Zur Europarechtswidrigkeit des Entwurfs

Der Entwurf enthält mehrere Regelungen, die sich jeweils – zumindest im Zusammenspiel – als problematisch erweisen.

Zum einen soll in § 21 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 DSAG LSA das Wort „einmalige“ gestrichen werden. Die bisherige Begrenzung der Wiederwahl würde damit entfallen. Zum anderen soll in einem neuen Satz 2 ein Vorschlagsrecht der Fraktionen normiert werden und die jetzige Fassung des Satz 4 („Bewerber für das Amt des Landesbeauftragten für den Datenschutz sind vor jeder Wahl durch öffentliche Stellenausschreibung zu ermitteln.“) in folgende Fassung geändert werden:

„Eine öffentliche Stellenausschreibung ist nicht erforderlich.“

Diese Änderung in Satz 4 ist es, aus der sich primär Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des Entwurfs mit Art. 53 DSGVO ergeben (siehe unter I.). Die Ermöglichung einer unbegrenzten Wiederwahl der Landesdatenschutzbeauftragten ist demgegenüber (isoliert betrachtet) zwar weniger kritisch, intensiviert aber die Problematik des Satzes 4 (siehe bei II.).

I. Zur Abschaffung der Pflicht der Ermittlung der Landesbeauftragten für den Datenschutz mittels öffentlicher Stellenausschreibung

Der Regierungsentwurf verletzt Art. 53 Abs. 1 DSGVO, weil er den einzigen erkennbaren Ansatz eines transparenten Verfahrens i.S.d. Art. 53 Abs. 1 DSGVO für die Ernennung der Landesdatenschutzbeauftragten streichen würde.

Was genau unter einem „transparenten Verfahren“ i.S.d. Art. 53 Abs. 1 DSGVO zu verstehen ist, definiert die DSGVO nicht. Diese Frage ist an dieser Stelle aber auch (noch) nicht entscheidend. Relevant ist zunächst nur, dass Art. 53 Abs. 1 DSGVO ein Minimum an – den besonderen Ziele des Art. 53 Abs. 1 DSGVO entsprechenden – Verfahrensregelungen verlangt. Die Europarechtswidrigkeit des vorliegenden Entwurfs folgt daraus, dass dieses Minimum klar unterschritten würde, wenn mit der Ausschreibungspflicht die letzte Spur eines transparenten Verfahrens i.S.d. Art. 53 Abs. 1 DSGVO zur Ernennung der Landesdatenschutzbeauftragten gestrichen würde. Die dann einzig verbleibenden Vorgaben (Vorschlagsrecht der Fraktionen, Wahl durch den Landtag, Berufung durch die Landtagspräsidentin) stellen kein transparentes Verfahren i.S.d. Art. 53 Abs. 1 DSGVO dar (dazu unter 1.). Die Begründung des Gesetzesentwurfs vermag diese Unterschreitung des europarechtlich zu fordernden Minimums nicht zu rechtfertigen (dazu unter 2.).

1. Zu den minimalen Anforderungen an ein „transparentes Verfahren“ im Sinne des Art. 53 Abs. 1 DSGVO

Gemäß Art. 53 Abs. 1 DSGVO sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, vorzusehen, dass jedes Mitglied ihrer Aufsichtsbehörden im Wege eines transparenten Verfahrens ernannt wird, und zwar

- vom Parlament,
- von der Regierung,
- vom Staatsoberhaupt oder
- von einer unabhängigen Stelle, die nach dem Recht des Mitgliedstaats mit der Ernennung betraut wird.

a) Zur Systematik des Art. 53 Abs. 1 DSGVO

Entscheidend für das Verständnis des Art. 53 Abs. 1 DSGVO ist zuallererst, dass die Norm zwischen dem Ernennungsverfahren selbst („im Wege“) und den Stellen, die die Ernennung vornehmen („durch“), unterscheidet. Diese grundlegende Unterscheidung ist deshalb zentral, weil damit die Annahme widerlegt wird, dass bereits die Verfahrensvorgaben, denen die ernennende Stelle bei ihrer Entscheidung zu folgen hat, ohne weiteres selbst als transparentes Verfahren i.S.d. Art. 53 Abs. 1 DSGVO angesehen werden können. Dies ist nicht der Fall. Vielmehr unterscheidet Art. 53 Abs. 1 DSGVO ausdrücklich zwischen dem Weg des transparenten Verfahrens und der Ernennung, die durch eine der in Art. 53 Abs. 1 DSGVO genannten Institutionen zu erfolgen hat. Im Fall des Landes Sachsen-Anhalt ist der Landtag die ernennende Stelle. Dem steht nicht entgegen, dass die durch Parlament gewählte Person gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 DSAG LSA vom „Präsidenten des Landtages auf die Dauer von fünf Jahren berufen“ wird. Es handelt sich dabei um eine dem deutschen Dienstrecht geschuldete Förmlichkeit, nicht jedoch um eine eigenständige Ernennungsentscheidung¹. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass § 21 Abs. 3 Satz 3 DSAG LSA für die Abwahl ebenfalls maßgeblich auf die Entscheidung des Landtages abstellt, während die Zustellung der Entlassungsurkunde reine Wirksamkeitsvoraussetzung ist, nicht aber – als actus-contrarius zur Ernennung – selbst als Abwahl verstanden wird. Die Systematik des DSAG LSA geht also davon aus, dass die Ernennungsentscheidung im Sinne des Art. 53 Abs. 1 DSGVO durch den Landtag, nicht durch die Präsidentin des Landtages, erfolgt. Von dieser Ernennung durch

¹ Ausdrücklich (und dies sogar entgegen dem insoweit missverständlichen Wortlaut des Gesetzes zur Errichtung eines Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz) das Schleswig-Holsteinische Verwaltungsgericht, Beschluss vom 19.08.2020, 12 B 36/20, das zutreffend darauf verweist, dass die Ministerpräsidentin lediglich die gesetzlichen Rechtsfolgen der Wahl vollzieht. Zu diesem Beschluss unter c) ausführlicher.

den Landtag zu unterscheiden, bleibt sodann das transparente Verfahren i.S.d. Art. 53 Abs. 1 DSGVO.

Es versteht sich nun von selbst, dass Wahlen durch ein Parlament gewissen Vorgaben² folgen. Wollte man die Existenz von Verfahrensvorgaben für die Entscheidung der zur Ernennungsentscheidung berufenen Stelle als transparentes Verfahren ausreichen lassen, hätte die Forderung nach einem transparenten Verfahren in Art. 53 Abs. 1 DSGVO keinen eigenständigen Regelungsgehalt. Es liefe auf eine sinnlose Tautologie hinaus, wenn die Verordnungsgeberinnen mit der Forderung nach einem transparenten Verfahren in Art. 53 Abs. 1 DSGVO lediglich hätte betonen wollen, dass das Verfahren, dem die Beschlussfassung eines Parlaments (oder einer anderen berufener Stelle) zu folgen hat, transparent sein sollte. Es darf vielmehr als rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit zugrunde gelegt werden, dass die erfolgte Ernennung durch das Parlament sowie die Identität der gewählten Person öffentlich bekannt werden.

b) Zum Normzweck des Art. 53 Abs. 1 DSGVO

Ein transparentes Verfahren im Sinne des Art. 53 Abs. 1 DSGVO ist damit hingegen noch nicht gewährleistet. Transparenz im Sinne der Norm bezieht sich nicht darauf, dass die Tatsache des Wahlverfahrens und das Ergebnis der Ernennungsentscheidung öffentlich bekannt werden, sondern darauf, die Unabhängigkeit der zu ernennenden Person verfahrensrechtlich abzusichern.

Zu der europarechtlich gebotenen „völligen Unabhängigkeit“ (Art. 52 Abs. 1 DSGVO) der Datenschutzbeauftragten führte der EuGH bereits 2010³ zur Vorgängerin der DSGVO, der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG, in einem Verfahren betreffend die insoweit mangelhafte deutsche Umsetzung im alten BDSG aus:

„der Begriff „Unabhängigkeit“ [wird] durch das Adjektiv „völlig“ verstärkt, was eine Entscheidungsgewalt impliziert, die jeglicher Einflussnahme von außerhalb der Kontrollstelle, sei sie unmittelbar oder mittelbar, entzogen ist.“

[Einfügung durch den Sachverständigen]

An der Sicherung dieser Unabhängigkeit muss sich auch Art. 53 Abs. 1 DSGVO messen lassen, denn Unabhängigkeit wird nicht nur durch Beeinflussung während der laufenden Amtsperiode einer Landesdatenschutzbeauftragten gefährdet, sondern auch durch mittelbare Einflussnahme in Form von (für die Öffentlichkeit) intransparenten Absprachen

² Hier: § 21 Abs. 1 Satz 1 DSAG LSA i.V.m. Art. 63 Abs. 2 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt sowie den Vorgaben der Geschäftsordnung des Landtages von Sachsen-Anhalt.

³ EuGH, Urteil vom 9. März 2010, Rechtssache C-518/07, Rn. 19.

im Vorfeld, die – potenziell – zur Bedingung für die Verleihung des Amtes als solches gemacht werden könnten. Ohne ein solches, dem Zweck der DSGVO entsprechendes, Verständnis des Begriffs des „transparenten Verfahrens“ würde die Transparenz des Art. 53 Abs. 1 DSGVO auf eine wirkungslose Formalität reduziert, die keinerlei Schutz vor Willkür, Einflussnahme und Klüngel entfalten würde. Gerade die wirksame Verhinderung des Eindrucks, es könnte im Vorfeld zu Einflussnahmen und Absprachen gekommen sein, ist aber der Maßstab, an der sich die Verfahrensregelungen messen lassen müssen. Vor diesem Hintergrund ist der Kommentierung von *Selmayr*⁴ zuzustimmen, in der er festhält:

„ausgeschlossen sind [...] ein „Auskungeln“ der Position des Datenschutzaufsehers im berüchtigten „Hinterzimmer“, Ernennungen allein auf Grundlage eines Parteibuchs oder die Gefälligkeitsversetzung eines der Regierung genehmen, da „zahmen“ Datenschutzaufsehers. [...] Um dem Transparenzgrundsatz des Art. 53 Abs. 1 zu genügen, ist zumindest eine öffentlich zugängliche Stellenausschreibung erforderlich, der sich objektive, an der Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde orientierte Ernennungsvoraussetzungen iSv Art. 53 Abs. 2 entnehmen lassen; sowie ein Ernennungsverfahren, das erkennbar unparteiisch ist und durch angemessene Fristen eine gewisse Kontrolle durch das Parlament und die interessierte Öffentlichkeit ermöglicht.“

Die Forderung nach einem transparenten Verfahren in Art. 53 Abs. 1 DSGVO normiert das Bedürfnis nach einem Verfahren, dessen Transparenz als besondere Verfahrensqualität der Sicherung der fachlichen Eignung und (inneren sowie äußeren) Unabhängigkeit der zu ernennenden Person dient. Ein Vorschlagsrecht der Fraktionen sowie die Wahl einer regierungsintern für mehrheitsfähig befundenen Person durch das Parlament können dies nicht leisten.

Dieses Ergebnis wird durch einen rechtshistorischen Vergleich zur Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG gestützt. Diese kannte die ausdrückliche Forderung nach einem transparenten Verfahren noch nicht. Die Kommentarliteratur begrüßt die neue Regelung des Art. 53 Abs. 1 DSGVO deshalb, da mit ihr eine wichtige Lücke geschlossen werde.⁵ Die Annahme einer geschlossenen Lücke ergibt aber denklösig nur Sinn, wenn man davon ausgeht, dass mit Art. 53 Abs. 1 DSGVO gegenüber dem vorherigen Status Quo der Art und Weise der Ernennung eine Veränderung in den Maßstäben einherging.

⁴ Ehmman/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 53 Rn. 5.

⁵ Boehm, Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Auflage 2020, Art. 53 Rn. 2.

Es spricht vieles dafür, dass Art. 53 Abs. 1 DSGVO genau dies bezwecken sollte und einen europaweit harmonisierten Mindeststandard einführen wollte, der sich an den Maßstäben des 42 Abs. 1 der Verordnung 45/2001/EG orientierte.

Dort hieß es:

„Das Europäische Parlament und der Rat ernennen den Europäischen Datenschutzbeauftragten im gegenseitigen Einvernehmen für eine Amtszeit von fünf Jahren, wobei sie ihre Entscheidung auf der Grundlage einer von der Kommission im Anschluss an eine öffentliche Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen erstellten Liste treffen.“

In der Nachfolgeregelung dieser Norm ist das Verfahren mittlerweile noch einmal spürbar konkretisiert und abermals transparenter gestaltet worden. Dies geschah ausweislich der Begründung der europäischen Kommission mit dem ausdrücklichen Ziel der Angleichung⁶ der Datenschutzregelungen der europäischen Institutionen an die DSGVO (darunter Art. 53 Abs. 1 DSGVO). In Art. 53 Abs. 1 der Verordnung 2018/1725 heißt es nunmehr:

„Das Europäische Parlament und der Rat ernennen den Europäischen Datenschutzbeauftragten im gegenseitigen Einvernehmen für eine Amtszeit von fünf Jahren, auf der Grundlage einer von der Kommission im Anschluss an eine öffentliche Aufforderung zur Bewerbung aufgestellten Liste. Aufgrund dieser Aufforderung zur Bewerbung können alle Interessenten in der gesamten Union ihre Bewerbung einreichen. Die von der Kommission aufgestellte Liste der Bewerber ist öffentlich und umfasst mindestens drei Bewerber. Der zuständige Ausschuss des Europäischen Parlaments kann auf der Grundlage der von der Kommission aufgestellten Liste beschließen, eine Anhörung abzuhalten, um eine Präferenz kundtun zu können.“

Dass die Kommission es für erforderlich hielt, das Ernennungsverfahren der Europäischen Datenschutzbeauftragten gegenüber den zuvor geltenden – und im Vergleich zur deutschen Praxis bereits transparenteren – Verfahrensregelungen erneut anzupassen, zeigt eindrücklich, was die Kommission aus der Forderung nach einem transparenten Verfahren in Art. 53 Abs. 1 DSGVO ableitet. Mit Art. 53 Abs. 1 DSGVO unvereinbar wäre es deshalb, die vor ihrem Geltungsbeginn gängige deutsche Ernennungspraxis beizubehalten, die diesen neuen Maßstäben nicht genügt. Dies ist leider der Fall, nicht

⁶ Ziffer 1.4.1., Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 und des Beschlusses Nr. 1247/2002/EG, COM/2017/08 final - 2017/02 (COD).

nur in Sachsen-Anhalt, sondern praktisch in allen Bundesländern und bei dem Ernennungsverfahren der Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit.

c) Zur Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die (bisher) einzige gerichtliche Entscheidung zu dieser Frage. Mit Beschluss vom 19.08.2020⁷ lehnte die 12. Kammer des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht in einem dienstrechtlichen Konkurrenzstreit den Antrag eines Mitbewerbers ab. Dieser hatte den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt, gerichtet darauf, vorläufig zu untersagen, das Amt der Landesbeauftragten für Datenschutz endgültig zu besetzen. Zur Begründung verwies das Gericht im Wesentlichen darauf, dass die zu wählende Kandidatin öffentlich bekannt gewesen und in einer öffentlichen Sitzung gewählt worden sei. Die Wahl durch das Parlament stelle – so nahm die Kammer im Ergebnis offenbar an – daher bereits das transparente Verfahren im Sinne des Art. 53 Abs. 1 DSGVO dar. Einer Ausschreibung bedürfe es ebenso wenig wie einer öffentlichen Debatte über mögliche Kandidatinnen. Die Unabhängigkeit der gewählten Person sei gesichert.

Die Entscheidung des Gerichts ist in vielerlei Hinsicht problematisch. Einerseits setzt sie sich weder konkret mit dem Wortlaut des Art. 53 Abs. 1 DSGVO auseinander, noch untersucht sie den Zweck des darin geforderten transparenten Verfahren. Sie zog sich stattdessen auf wenige Literaturfundstellen zurück, ignorierte dabei andere Stimmen⁸ und übersah die (soeben dargestellte) Entwicklung rund um das Verfahren zur Ernennung der Europäischen Datenschutzbeauftragten. Gerade angesichts deutlicher Stimmen in der Literatur, die Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der deutschen Praxis mit Art. 53 Abs. 1 DSGVO anmerken, ist es nicht nachvollziehbar, dass das Verwaltungsgericht so leichtfertig Eilrechtsschutz versagte. Es wäre ohne Nachteile für die Betroffenen – auch im Eilverfahren – nicht nur denkbar, sondern geboten gewesen, die relevanten Auslegungsfragen rund um Art. 53 Abs. 1 DSGVO dem EuGH vorzulegen. Eine kommissarische Fortführung der derart streitbefangenen Behördenleitung durch die bisherige Leitungsperson erscheint angesichts der europarechtlichen Grundsatzfragen auch angezeigt. Der streitgegenständliche Antrag, der lediglich übergangsweise die dienstrechtlich nicht ohne Weiteres revidierbare Ernennung aufgeschoben hätte, trug dem Rechnung.

⁷ Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Beschluss vom 19.08.2020, 12 B 36/20.

⁸ Siehe für eine Kritik an der Literaturliste und -auswertung: Piltz, De Lege Data, Beitrag vom 02.09.2020, online abrufbar unter: <https://www.delegedata.de/2020/09/vg-schleswig-dsgvo-erfordert-keine-oeffentliche-stellenausschreibung-fuer-das-amt-des-landesdatenschutzbeauftragten/>.

d) Zur verfahrensrechtlichen Dimension des Grundrechts auf Schutz personenbezogener Daten

Die Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts verdeutlicht die verfahrensrechtliche Dimension des Grundrechts auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh).

Grundrechte haben nicht nur eine materielle, sondern auch eine verfahrensrechtliche Dimension. Art. 8 GRCh weist darauf ausdrücklich hin. Es normiert nicht allein den Abwehranspruch bzw. den staatliche Schutzauftrag vor Eingriffen durch Datenverarbeitung, sondern sichert dieses Grundrecht formal durch unabhängige Stellen ab, die die Einhaltung des Datenschutzrecht überwachen sollen. Effektiver Rechtsschutz muss dann konsequenterweise auch ermöglichen, Verstöße gegen die Unabhängigkeit – auch im Ernennungsverfahren – gerichtlich überprüfen zu lassen. Dies ist aber nur möglich, wenn Verfahrensvorgaben existieren, die diese Unabhängigkeit abzusichern und notfalls von Gerichten überprüft werden können.

e) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist zu betonen, dass damit (noch) nicht gesagt ist, wie ein transparentes Verfahren nach Art. 53 Abs. 1 DSGVO konkret auszusehen hat. Entscheidend ist an dieser Stelle einzig, dass Art. 53 Abs. 1 DSGVO ein Verfahren verlangt, dessen Transparenz eigenständigen Zielen, insbesondere den besonderen Anforderungen an die Unabhängigkeit der Landesbeauftragten für den Datenschutz, genügen muss. Eine notwendigerweise gewissen Regeln folgende Wahl durch ein Parlament und die öffentliche Bekanntgabe der zur Wahl beabsichtigten Person sind damit nicht deckungsgleich.

Indem der Regierungsentwurf des DSAG LSA jedoch mit der Ausschreibungspflicht auch den letzten Aspekt eines eigenen Verfahrens mit besonderem Blick auf die Ziele des Art. 53 Abs. 1 DSGVO streicht, unterschreitet er jedenfalls evident jedes europarechtlich gebotene Mindestmaß.

2. Zur Begründung des Regierungsentwurfs

Der Gesetzesentwurf begründet den Verfahrensrückbau einzig mit der Erwartung, dass die reduzierten Verfahrensregeln dazu beitragen könnten, der bisher nicht gelungenen Neuwahl der Landesbeauftragten für Datenschutz neuen Schwung zu geben. Die Regierung scheint der Auffassung zu sein, dass die seit Jahren glücklose Neuwahl daran krankte, dass der Landtag bei der Ernennung auf solche Personen beschränkt sei, die sich zuvor auf die bisher vorgesehene Ausschreibung hin für das Amt beworben haben. Eine darüberhinausgehende Begründung unter Berücksichtigung der Vorgaben des Art. 53 Abs. 1 DSGVO enthält der Entwurf hingegen nicht.

Damit ist die Existenz des vorliegenden Gesetzesentwurfs der beste Beleg für die mit ihm einhergehende Unterschreitung des von Art. 53 Abs. 1 DSGVO verlangten Maß an Transparenz. Er zeigt, dass es der Landesregierung offensichtlich nicht gelang, sich aus dem Kreise diverser Bewerberinnen auf eine mehrheitsfähige Person zu einigen, dass sie es deshalb nun vorzieht, bei der Auswahl möglicher Kandidatinnen nach rein internen Kriterien vorgehen zu können und dafür jedwede öffentliche Beeinflussung und Bindung an externe Prozesse oder Rechenschaft ausschließen will. Es ist offensichtlich, dass die Vorgabe, aus dem Kreise derer auszuwählen zu müssen, die sich zuvor auf eine öffentliche Ausschreibung hin beworben haben, ohnehin nur einen kleinen Teil zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der (letztlich ernannten) Person beisteuert. Dass selbst diese geringe Absicherung gegen eine Einflussnahme im Vorfeld von der Regierung als Hemmnis für die Ernennung einer Landesdatenschutzbeauftragten wahrgenommen wird, zeigt aufs Nachdrücklichste, dass die Bedenken gegen den Entwurf berechtigt sind.

Dieser Entwurf zeigt damit anschaulich, wie wichtig es ist, gerade solche Verfahrensvorgaben zu fordern, die gewährleisten, dass die Kandidatinnen auf nachvollziehbare Weise aufgrund ihrer fachlichen Eignung und Unabhängigkeit gewählt werden statt wegen ihrer regierungsinternen Verträglichkeit.

II. Zur Abschaffung der begrenzten Wiederwählbarkeit

Die unter I. erörterte Funktion des Art. 53 Abs. 1 DSGVO – die Absicherung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden – wird umso wichtiger, je dauerhafter Ernennungsentscheidungen sind. Die Möglichkeit einer vielfachen Wiederwahl schafft Abhängigkeiten, die das Verfahren im Vorfeld einer Ernennung besonders anfällig für Absprachen und Einflussnahmen macht. Keine oder nur eine einmalige Wiederwahlmöglichkeit reduziert hingegen Anreize, die Aufsichtstätigkeit mit Blick auf einen dauerhaften Verbleib im Amt aus wahltaktischen Erwägungen den (vermuteten) Erwartungen derjenigen anzupassen, die über den Verbleib im Amt entscheiden.

Der hier vorliegende Entwurf baut gleichzeitig Verfahrensvorgaben ab, die der Sicherung der Unabhängigkeit dienen und führt mit einer unbeschränkten Wiederwahlmöglichkeit Anreize für Absprachen und gegenseitiges Einvernehmen in der Aufsichtstätigkeit ein. Beides stellt im Zusammenspiel eine besondere Problematik dar. Die unter I. dargestellte Verletzung des Art. 53 Abs. 1 DSGVO wird damit noch einmal veranschaulicht und intensiviert.

B. Zu einer möglichen Umsetzung des Art. 53 Abs. 1 DSGVO

Der vorliegende Entwurf gibt Anlass dazu, sich mit möglichen Umsetzungen des Art. 53 Abs. 1 DSGVO zu befassen. Da dies Gegenstand eines zukünftigen, neuen Gesetzesvorhaben sein müsste, beschränke ich mich an dieser Stelle auf allgemeine Anregungen statt ausformulierter und begründeter Vorschläge.

Entsprechend der Ziele des Art. 53 Abs. 1 DSGVO sollte größtes Augenmerk darauf gerichtet werden, zu verhindern, dass die Auswahl durch sachfremde und nicht nachvollziehbare Erwägungen im Vorfeld geleitet oder beeinflusst werden kann. Für (mittelbare) Einflussnahmen und parteipolitische Erwägungen ist gerade dann Raum, wenn der Prozess der Vorauswahl und Ernennung außerhalb der Wahrnehmbarkeit und kritischen Begleitung durch die Öffentlichkeit stattfindet. Die Unabhängigkeit der Leitungsperson der Datenschutzaufsicht kann hingegen durch Regelungen abgesichert werden, die entscheidende Verfahrensschritte öffentlich und transparent stattfinden lassen. Entsprechende Schritte vor einer Ernennung durch den Landtag wären:

1. Eine öffentliche Ausschreibung, in der die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen für das Amt definiert werden samt der Verpflichtung, den Bewerberinnen den Eingang ihrer Bewerbung zu bestätigen.
2. Eine Auswahl derer aus den eingegangenen Bewerbungen, die die fachliche und persönliche Eignung für das Amt erfüllen. Dieses erste Vorauswahlergebnis samt der tragenden Erwägungen sollte durch entsprechende Verfahrensvermerke dokumentiert und die Bewerberinnen sollten über ihre Aufnahme in den Kreis der Kandidatinnen informiert werden.
3. Die Veröffentlichung einer Liste der im Rahmen von Schritt 2 als grundsätzlich geeignet angesehen Bewerberinnen. Es ist dabei zu empfehlen, eine gesetzliche Datenverarbeitungsgrundlage dafür zu schaffen, diese Liste öffentlich bekanntmachen zu können.
4. Die Durchführung persönlicher Anhörungen, um aus dem Kreis der fachlich und persönlich Geeigneten eine oder mehrere Kandidatin zu ermitteln, die dem Landtag zur Wahl vorgeschlagen werden. Diese Anhörungen sollten in einer öffentlichen Sitzung stattfinden und inhaltlich dokumentiert werden.

Diese Verfahrensschritte sollten jeweils durch klare Fristenregelungen begleitet werden. Besonderer Bedeutung kommt zudem der institutionellen Verortung und der personellen Besetzung der Gremien der Verfahrensschritte 2. und 4. zu. Denkbar wäre hier eine

paritätische und der Größe der Fraktionen entsprechende Besetzung mit Mitgliedern des Landtags sowie Vertreterinnen von Wirtschaft, Zivilgesellschaft und relevanten Verbänden. Als Vorbild eignet sich das in vielen Bundesländern etablierte Verfahren zur Auswahl von Richterinnen durch Wahlausschüsse, das gleichermaßen dazu dient ein hohes Maß an Unabhängigkeit zu gewährleisten und parteipolitische Einflussnahme weitgehend auszuschließen.

C. Wiederkehrende Einwände gegen ein transparentes Verfahren

Im parteipolitischen Umfeld wird auf die Forderung nach Transparenz im Ernennungsverfahren regelmäßig mit sehr ähnlichen Bedenken reagiert, auf die es sich bei dieser Gelegenheit einzugehen lohnt.

„Derartige Verfahrensvorgaben ändert nichts daran, dass am Ende die Person gewählt wird, auf die sich hinter den Kulissen geeinigt wurde.“

Richtig, auch ein Verfahren von der Qualität wie unter II. beschrieben, bietet keine Gewähr dafür, dass sich am Ende nicht doch parteipolitische Interessen durchsetzen. Das ändert aber nichts an ihrer Notwendigkeit. Ziel von Verfahrensvorgaben ist nie das Absichern eines bestimmten materiellen Ergebnis, sondern die Herstellung von Kontrollierbarkeit und Rechenschaftspflicht. Die Existenz von Verfahrensvorgaben wie unter II. skizziert, schließt parteipolitische Erwägungen nicht aus, macht diese aber erkennbar und kritisierbar. So sorgen derartige Vorgaben nicht zuletzt für Selbstdisziplin angesichts des erwartbaren öffentlichen Widerspruchs gegen Auswahlentscheidungen, die von parteipolitischen Kalkül gezeichnet sind. Vor allem erlauben derartige Verfahrensvorgaben auch gerichtliche Nachprüfbarkeit des ansonsten kaum überprüfbaren Auswahlverfahrens.

„Eine derartige Öffentlichkeit verhindert, dass sich geeignete Kandidatinnen bewerben.“

Hintergrund dieses Einwandes scheint die Annahme eines „Gesichtsverlust“ zu sein, der mit einer öffentlichen und eventuell sogar erfolglosen Bewerbung einhergehe. Auch wird gelegentlich befürchtet, dass eine solche öffentliche Bewerbung im professionellen Umfeld der Kandidatinnen als Ausdruck von Unzufriedenheit über die aktuelle berufliche Situation aufgefasst werden könnte. Beides mögen in der Tat innere Beweggründe sein, die Kandidatinnen davon abhalten, sich zu bewerben. Derartige Hemmungen erscheinen aber nicht verfahrensrechtlich schützenswert. Im Gegenteil dürfte es zu den Qualifikationen für ein Amt zählen, die innere Unabhängigkeit zu haben, sich durch derartige mögliche Reaktionen des Umfelds nicht von einer Bewerbung abhalten zu lassen. Selbst wenn man dem Interesse der Kandidatinnen an Vertraulichkeit einen relevanten Stellenwert einräumen wollte, so mögen diese jedenfalls nicht gegenüber den dargestellten Interessen der Öffentlichkeit an einem transparenten und die Unabhängigkeit absichernden Ernennungsverfahren überwiegen.

„Der Vorwurf von Klüngerlei verbietet sich.“

Die Forderung nach Transparenz im Auswahlverfahren ist nicht Ausdruck allgemeiner Skepsis gegenüber parlamentarischen Prozessen. Sie ist stattdessen nicht mehr, aber auch nicht weniger als eine Reaktion auf die Erkenntnis, dass keine parlamentarische Demokratie davon gefeit ist, durch machtpolitische Dynamiken verzerrt zu werden. Dass es bisher keinen Anlass gibt, derartiges zu attestieren, ist kein Argument dafür, diesen Entwicklungen nicht dennoch vorzubeugen. Letztlich kann damit nur ein Mehr an Akzeptanz für Person und Amt gewonnen werden.

„Wir haben eine sehr geeignete Kandidatinnen gewählt. Das Verfahren funktioniert also.“

Die Forderung nach Transparenz ist nicht Ausdruck von Kritik an konkreten Auswahlentscheidungen oder einzelnen Personen. Sie ist Ausdruck der Erkenntnis, dass es die Auswahlentscheidung lediglich zusätzlich legitimieren kann, wenn sie Ergebnis eines transparenten Verfahrens ist. Keine geeignete Person wird einen Vergleich mit anderen scheuen, sofern das diesen Vergleich gestaltende Verfahren nach transparenten Regeln stattfindet. Im Gegenteil schützt ein transparentes Verfahren die gewählte Kandidatin auch davor, dass ihre Wahl durch unangebrachte Zweifel an ihrer persönlichen oder fachlichen Eignung in Frage gestellt werden kann.

„Derartige Kritik am Verfahren beschädigt das Amt.“

Der Schaden liegt in der Intransparenz, nicht in dem begründeten Thematisieren dieser Intransparenz.