

## Die Bestellung der Leitung von Datenschutz-Aufsichtsbehörden in Deutschland

Stand: 01.12.2021

**Ute Bernhardt**

bernhardt@netzwerk-datenschutzexpertise.de

**Ingo Ruhmann**

ruhmann@netzwerk-datenschutzexpertise.de

beide: Elchdamm 56a, 13503 Berlin

**Karin Schuler**

schuler@netzwerk-datenschutz-expertise.de

Kronprinzenstraße 76, 53173 Bonn

**Thilo Weichert**

weichert@netzwerk-datenschutz-expertise.de

Waisenhofstraße 41, 24103 Kiel

[www.netzwerk-datenschutzexpertise.de](http://www.netzwerk-datenschutzexpertise.de)

## Inhalt

1	Rechtliche Grundlagen .....	3
2	Die Relevanz der Auswahl .....	3
3	Die deutschen Regelungen.....	4
4	Die Vorgaben der DSGVO .....	6
4.1	Rahmenbedingungen der Ernennung .....	6
4.2	Ausschreibung .....	8
4.3	Weiterer Auswahlprozess .....	9
4.4	Qualitative Anforderungen .....	10
4.5	Gerichtliche Angreifbarkeit der Auswahlentscheidung .....	12
5	Bestellungspraxis in Bund und Ländern .....	12
6	Abschließende Bemerkung.....	13
	Anhang: die bestehenden Regelungen .....	15
	Abkürzungen .....	20

*Im Februar 2017 veröffentlichte das Netzwerk Datenschutzexpertise erstmals ein Gutachten zum Auswahlprozess der Leiterinnen bzw. Leiter der Datenschutzaufsichtsbehörden Deutschlands, also der Landesbeauftragten und des oder der Bundesbeauftragten für Datenschutz. Darin wurde die bisherige Praxis an den neuen Regelungen der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) gemessen. Das Gutachten kam zum Ergebnis, dass die Auswahlprozesse und die Qualifikationskriterien nicht mit den DSGVO-Vorgaben in Einklang standen. Seit Mai 2018 ist die DSGVO direkt anwendbar und es gibt im Bund und in den Bundesländern Datenschutzgesetze, mit denen die DSGVO umgesetzt werden soll. Diesem Anspruch wird aber nach dem nun vorgelegten Gutachten nicht vollständig genügt. Dies gilt auch für die Regelungen zum Benennungsprozess der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder. Die Praxis zeigt, dass durch diese Versäumnisse sowohl die Qualität als auch das Ansehen der Aufsichtsbehörden leiden und damit dem Datenschutz geschadet wird.*

## 1 Rechtliche Grundlagen

In Art. 8 Abs. 3 Europäische Grundrechte-Charta (GRCh) ist geregelt, dass die Einhaltung von Datenschutzvorschriften innerhalb der Europäischen Union (EU) von **unabhängigen Stellen** überwacht wird. Zur Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden hat der Europäische Gerichtshof inzwischen mehrfach die Anforderungen präzisiert.<sup>1</sup>

Mit der DSGVO wurden weitere **Konkretisierungen** vorgenommen. Gemäß Art. 53 Abs. 1 DSGVO wird die Leitung (das „Mitglied“) der Datenschutzaufsichtsbehörden „im Wege eines transparenten Verfahrens“ von einer hierfür demokratisch legitimierten Stelle ernannt. In Art. 53 Abs. 2 DSGVO werden die personellen Voraussetzungen für die Ernennung aufgeführt: „Jedes Mitglied muss über die für die Erfüllung seiner Aufgaben und Ausübung seiner Befugnisse erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten verfügen.“

Die Konkretisierung dieser Anforderungen ist dem **nationalen Gesetzgeber** überlassen (Art. 54 Abs. 1 DSGVO, ErwGr 121 S. 1).<sup>2</sup> Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit diese europarechtlichen Vorgaben durch die deutsche Gesetzgebung auf Bundes- und Landesebene umgesetzt wurde.

## 2 Die Relevanz der Auswahl

Die Leitungen der Datenschutzaufsichtsbehörden haben eine hohe **grundrechtliche, rechtsstaatliche und demokratische Bedeutung**. Mit ihrer Unabhängigkeit sollen sie angesichts der besonderen grundrechtlichen Risiken der personenbezogenen Datenverarbeitung in einer digitalisierten Informationsgesellschaft einen frühzeitigen, effektiven, vorgezogenen Rechtsschutz gewähren.<sup>3</sup> Sie sollen dafür sorgen, dass in der Gesellschaft und für die Betroffenen hinreichende Transparenz und Kontrolle geschaffen werden.<sup>4</sup> Sie nehmen in besonderem Maße durch ihre Entscheidungs- und

---

<sup>1</sup> EuGH 16.10.2012 – C-614/10 (Österreich), DÖV 2013, 34; EuGH 08.04.2014 – C-288/12 (Ungarn), NJ 2014, 290; EuGH 21.12.2016 – C-203/15 u. C-698/07 (Deutschland), NJW 2010, 1266.

<sup>2</sup> Weichert in Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 53 Rn. 5, 11; Polenz in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 53 Rn. 4.

<sup>3</sup> BVerfG U.v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a., NJW 1984, 422.

<sup>4</sup> BVerfG U.v. 24.04.2013 – 1 BvR1215/07, Rn. 214, NJW 2013, 1516; BVerfG U.v. 20.04.2016 – 1 BvR 1140/09, Rn. 141, NJW 2016, 1789; EuGH U.v. 09.03.2010 – C-518/07, Rn. 24 f., NJW 2010, 1701.

Beratungspraxis, ihre Öffentlichkeitsarbeit und durch ihre Normkonkretisierungen<sup>5</sup> an der Rechtsfortbildung und Rechtsgestaltung teil. Angesichts der Bedeutung des Datenschutzes für die Demokratie kommt ihnen eine hohe gesellschaftliche und rechtspolitische Bedeutung zu.

Die Mitglieder i.S.v. Art. 53 DSGVO sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Insofern lassen sie sich personell nicht einer der drei klassischen Staatsgewalten zuordnen. Sie nehmen administrative Funktionen wahr (Art. 57, 58, 83 DSGVO) und sind insofern ein Teil der Exekutive. Organisatorisch sind sie zumeist dem Parlament und damit der Legislative zugeordnet, die sie auch zu beraten haben und der sie Rechenschaft ablegen. Ihre Funktion, insbesondere auch gegenüber der Verwaltung, besteht in einem vorgezogenen Rechtsschutz, was eine Nähe zur Judikative zur Folge hat. Die Mitglieder nehmen eine eigenständige rechtspolitische Funktion wahr. Für die Mitglieder gelten daher auch nicht die allgemeinen beamtenrechtlichen Vorschriften; es handelt sich hier jeweils um ein öffentlich-rechtliches **Amtsverhältnis eigener Art**.<sup>6</sup>

Die Kräfte, die auf die Bestellung der Mitglieder Einfluss nehmen, müssen so ausbalanciert werden, dass keine einseitige Einflussnahme stattfindet. Auf dieser Gleichgewichtserwägung beruht die Verteilung der Aufgaben bei der Ernennung und das Erfordernis einer größtmöglichen Transparenz. **Transparenz und Machtverteilung** zielen darauf ab, den Datenschutzaufsichtsbehörden einen größtmöglichen Vertrauensbonus und Akzeptanz zu verschaffen.<sup>7</sup>

Die Anforderungen an Transparenz und Machtverteilung werden in Art. 53 DSGVO vorgegeben. Mit ihnen soll verhindert werden, dass Personen in das wichtige öffentliche Amt gelangen, ohne dass es zuvor eine öffentliche Debatte gibt, bei der die geforderte Balance erzielt werden kann. Das Entscheidungsgremium unterliegt einer Rechtfertigungsverpflichtung hinsichtlich der zu treffenden bzw. der getroffenen Personalentscheidung.<sup>8</sup>

### 3 Die deutschen Regelungen

Angesichts der einheitlichen Regelungen in der DSGVO ist es verwunderlich, wie unterschiedlich der Auswahlprozess und die Amtsdauer der Mitglieder gemäß Art. 53 DSGVO, also der Leitungen der Aufsichtsbehörden nach Art. 51 ff. DSGVO, in Deutschland geregelt sind. Die Regelungen sind im Anhang des vorliegenden Gutachtens abgedruckt.<sup>9</sup>

In der folgenden Aufstellung finden sich die aktuellen Angaben zur Benennung der Mitglieder nach Art. 53 DSGVO in Deutschland mit Angaben zum Beginn (Beginn) und Ende (Neub) der ersten bzw. der aktuellen Amtszeit der oder des Beauftragten sowie den Modalitäten. Bezüglich der **Amtsdauer**

<sup>5</sup> Moos/Schefzig in Moos/Schefzig/Arning, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 2018, S. 735 f.

<sup>6</sup> VG Schleswig B.v. 19.08.2020 – 12 B 36/20 mit Verweis auf BVerwG B.v. 07.07.2005 – 2 B 96/04 Rn. 10.

<sup>7</sup> Netzwerk Datenschutzexpertise, Zum Auswahlprozess von Datenschutzbeauftragten als Leitung der Aufsichtsbehörden, Stand 03.02.2017, S. 5 (2.2); vgl. zu der ähnlichen Konstellation bei Richtern der obersten Gerichtshöfe Wieland in Herrmann/Krämer, Festschrift für Christian Kirchberg, 2017, S. 221 mit Verweis auf Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 2. Aufl. 1998, S. 100 f.

<sup>8</sup> Netzwerk Datenschutzexpertise (Fn. 7), S. 6 (2.2).

<sup>9</sup> Eine Übersicht über die Regelungen der Mitgliedstaaten des Europarats enthält Council of Europe, Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Procedures of Personal Data, Convention 108, Compilation of Answers to the Questionnaire of Supervisory Authorities' Governance Models (T-PD(2018)24rev), 03.06.2019.

(Dauer) und der Wiederwahlmöglichkeit besteht eine föderale Bandbreite. Die gesetzlich vorgesehenen Amtszeiten gehen von 5 bis 8 Jahren. Hinsichtlich der **Wiederwahl** (Wi.W.) sind in Baden-Württemberg drei aufeinander folgende Amtsperioden zugelassen, in vielen weiteren Fällen zwei. In einigen Bundesländern gibt es insofern keine Beschränkungen (Bay, Bbg, Br, Hess), so dass eine mehrfache Wiederwahl möglich ist.<sup>10</sup>

Eine Pflicht zur **Ausschreibung** (Ausschr) ist nur in der jüngsten der Regelungen, dem Datenschutzgesetz in Sachsen-Anhalt vorgesehen. Ansonsten gibt es keine nationalgesetzliche Verpflichtung zur Ausschreibung für diese Position. In der Praxis kommt es auch in anderen Bundesländern teilweise zu Ausschreibungen, in der Regel wird aber hierauf verzichtet.

Das **Vorschlagsrecht** (Vorschl) für die Besetzung der Position der oder des Datenschutzbeauftragten kommt gemäß den gesetzlichen Regelungen oft der jeweiligen Regierung zu (Bund, BW, Bay, Hess, NRW), in einigen Bundesländern den Fraktionen (Hmb, M-V, RP, SH). Besteht keine explizite Regelung, so erfolgen die Vorschläge aus den Reihen des Parlaments, also zumeist von den Regierungsfractionen. In Sachsen kann das Parlament die Regierung um einen Vorschlag bitten.

Gewählt wird die Leitung durchgängig von den **Parlamenten** (Wahl). Eine Ausnahme hiervon stellt die Benennung des Präsidenten des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht (BayLDA) durch die dortige Staatsregierung dar.

In einigen Parlamenten ist im Fall der Wahl eine **Aussprache** (Ausspr) zur Stellenbesetzung explizit ausgeschlossen (Bund, BW, Hess, M-V, RP, SH). Soweit hierzu keine Regelung getroffen ist, wurde, soweit ersichtlich, bisher noch in keinem Fall von der Möglichkeit einer Aussprache Gebrauch gemacht.

Das **Auslaufen der Amtszeit** (Neub) war bisher in Hessen in der Praxis an die parlamentarische Legislatur gekoppelt. Inzwischen besteht insofern überall eine Entkoppelung, auch dadurch, dass die Amtszeiten i.d.R. länger sind als die Legislaturperioden.<sup>11</sup> Derzeit ist die Benennung von zwei Landesbeauftragten seit vielen Monaten überfällig (s.u. 5).

	Wahl	Beginn	Dauer	Wi.W.	Ausschr	Vorschl	Ausspr	Neub
Bund	+	7.1.19 <sup>12</sup>	5	1x	Offen	Reg	Keine	1.24
BW	+	1.1.17 <sup>13</sup>	6	2x	Offen	Reg	Keine	12.22
BayÖ	+	1.7.09 20.5.21 <sup>14</sup>	5	Oft	Offen	Reg	Offen	5.26
BayNÖ	-	1.2.20 <sup>15</sup>	5	Oft	Offen	Reg	Offen	2.25

<sup>10</sup> Zur Beschränkung der Wiederwahlmöglichkeit Netzwerk Datenschutzexpertise (Fn. 7), S. 8 f. (2.3), zur Situation in anderen Staaten Council of Europe (Fn. 9).

<sup>11</sup> Netzwerk Datenschutzexpertise (Fn. 7), S. 8 (2.3).

<sup>12</sup> Ulrich Kelber wird neuer BfDI, DANA 1/2019, 28.

<sup>13</sup> Stefan Brink wird neuer Datenschutzbeauftragter, DANA 1/2017, 48 f.

<sup>14</sup> Prof. Dr. Thomas Petri, [www.datenschutz-bayern.de/vorstell/petri.html.de](http://www.datenschutz-bayern.de/vorstell/petri.html.de), abgerufen am 10.11.2021.

<sup>15</sup> Will folgt Kranig, DANA 2/2020, 117 f.

	Wahl	Beginn	Dauer	Wi.W.	Ausschr	Vorsch	Ausspr	Neub
Bln	+	28.1.16 <sup>16</sup>	5	1x	Offen	Parl	Offen	Offen
Bbg	+	2.6.05 29.6.17 <sup>17</sup>	6	Oft	Offen	Parl	Offen	6.23
Brem	+	6.17 <sup>18</sup>	8	Oft	Offen	Parl	Offen	6.25
Hmb	+	1.11.21 <sup>19</sup>	6	1x	Offen	Frakt	Offen	11.27
Hess	+	1.3.21 <sup>20</sup>	5	Oft	Offen	Reg	Keine	3.26
M-V	+	8.12.16 <sup>21</sup>	6	1x	Offen	Frak	Keine	12.22
Nds	+	1.1.15 <sup>22</sup>	8	1x	Offen	Parl	Offen	12.22
NRW	+	19.5.21 <sup>23</sup>	8	1x	Offen	Reg	Offen	5.29
RP	+	1.10.15 <sup>24</sup>	8	1x	Offen	Frak	Keine	10.23
Sachs	+	1.1.04 20.3.15	6	1x	Offen	evtl.Reg	Offen	12.21
LSA	+	fehlt s. 1.1.21	5	1x	Nötig	Parl	Offen	Offen
SH	+	16.7.15 <sup>25</sup>	5	1x	Offen	Frak	Keine	6.25
Thür	+	1.3.12 <sup>26</sup> 1.3.18	6	1x	Offen	Parl	Offen	2.24

## 4 Die Vorgaben der DSGVO

Die Vorgaben des Art. 53 DSGVO, der die **allgemeinen Bedingungen für die Mitglieder**, also der Leitungen der Aufsichtsbehörden, festlegt, sind im Lichte des Art. 52 DSGVO auszulegen, der vorsieht, dass jede Aufsichtsbehörde „völlig unabhängig“ handelt. Hierfür müssen schon bei der Auswahl der die Position besetzenden Personen die Voraussetzungen geschaffen werden.

### 4.1 Rahmenbedingungen der Ernennung

Art. 53 Abs. 1 DSGVO erlaubt die Ernennung der Aufsichtsbehördenleitung durch das Parlament, das Staatsoberhaupt oder eine „unabhängige Stelle, die nach dem Recht des Mitgliedsstaats mit der Ernennung betraut wird“. Die Regelung verwendet den Begriff der „Ernennung“, doch zielt sie nicht

<sup>16</sup> Maya Smoltczyk folgt Alexander Dix als Datenschutzbeauftragte, DANA 1/2016, 24 f.

<sup>17</sup> Sommer und Hartge wiedergewählt, DANA 3/217, 165.

<sup>18</sup> Sommer und Hartge wiedergewählt, DANA 3/217, 165.

<sup>19</sup> Schulzki-Haddouti, Medienwächter soll Hamburgs neuer Datenschutzbeauftragter werden, [www.heise.de](http://www.heise.de) 12.08.2021.

<sup>20</sup> DANA 1/2021, 43 f.

<sup>21</sup> Heinz Müller neuer Datenschutzbeauftragter, DANA 1/2017, 49 f.

<sup>22</sup> Barbara Thiel wird neue Datenschutzbeauftragte, DANA 1/2015, 37.

<sup>23</sup> Bettina Gayk neue Landesbeauftragte, [www.im.nrw](http://www.im.nrw) 19.05.2021.

<sup>24</sup> Kugelmann folgt Wagner, DANA 3/2015, 146 f.

<sup>25</sup> Datenschützerin Hansen rehabilitiert und wieder gewählt, DANA 3/2020, 191 ff.; Marit Hansen als ULD-Chefin bestätigt, DANA 4/2020, 254 f.

<sup>26</sup> Lutz Hasse ist neuer Landesdatenschutzbeauftragter, DANA 1/2012, 26 f.

auf den formellen Akt der Ernennung ab, sondern vorrangig auf die Auswahlentscheidung.<sup>27</sup> Die Regelung ist sehr offen formuliert, setzt aber voraus, dass die ernennende Stelle eine gesetzliche Grundlage hat. Diese bedarf für ihre Entscheidung einer **demokratischen Legitimation**.<sup>28</sup> Die Legitimation kann direkt oder abgeleitet sein. In Deutschland entscheidet in der Regel das Parlament. Insofern wird dieser Anforderung genügt.

Dass der parlamentarischen Entscheidung ein **Vorschlag der Regierung** vorausgeht, ist von Art. 53 Abs. 1 DSGVO offensichtlich abgedeckt. Die Wahl eines der Regierung ungelegenen Kandidaten ist so ausgeschlossen.<sup>29</sup> Aber schon im Auswahlprozess muss die künftige unabhängige Aufgabenwahrnehmung im Blick stehen.<sup>30</sup> Dies schließt es aus, dass eine Person vorgeschlagen wird, der eine Voreingenommenheit im Sinne der Regierung vor vornherein anhaftet. Dadurch, dass es dem Parlament freisteht, den Regierungsvorschlag abzulehnen, erfolgt lediglich eine begrenzte Vorfestlegung durch die Regierung bei der Auswahl einer Amtsleitung, der letztlich auch die Kontrolle der Regierung obliegt. Der Regierung ist zu empfehlen, bei der Wahrnehmung ihres Vorschlagsrechts mit allen parlamentarischen Fraktionen eine Abstimmung zu suchen.

Es wäre allerdings vorzuziehen und würde die Gewaltenteilung unterstreichen, wenn auch der Vorschlag für die Stellenbesetzung bereits aus dem Parlament kommt. Es ist daher zu begrüßen, wenn in einigen Gesetzen das Vorschlagsrecht ausdrücklich den **Fraktionen** zugewiesen wird. Letztlich muss aber eine parlamentarische Mehrheit erreicht werden, was regelmäßig die Regierungsmehrheit erfordert. Parteiinteressen dürfen nicht im Vordergrund stehen<sup>31</sup>, selbst wenn eine gewisse Abstimmung mit der Regierung in der Praxis wohl kaum zu vermeiden ist. Um eine ausreichende Regierungsferne zu sichern, ist es z.B. in Niedersachsen etablierte Praxis, der größten Oppositionsfraktion im Parlament ein Vorschlagsrecht zuzugestehen. In jedem Fall muss die parlamentarische Opposition in das transparente Verfahren einbezogen sein.<sup>32</sup>

Die Formulierung des Art. 53 Abs. 1 DSGVO schließt auch eine **Ernennung durch die Regierung** nicht aus, so wie dies bei der Bestellung des Präsidenten oder der Präsidentin des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht (BayLDA) der Fall ist. Dies ist angesichts der Umstände hinnehmbar, dass es nicht zu den Aufgaben des BayLDA gehört, die Datenschutzkontrolle der Regierung vorzunehmen. Es wäre allerdings nicht akzeptabel, wenn sich die Regierung ihren Kontrolleur frei auswählen könnte. Hinsichtlich der sehr indirekten demokratischen Legitimation und der Unabhängigkeit der Leitung des BayLDA ist das vorgesehene Verfahren aber problematisch.

Die Ernennungsvoraussetzungen müssen nicht nur bei der erstmaligen Ernennung vorliegen. Nach Ablauf einer Amtszeit kann ein Mitglied nach Art. 53 DSGVO erneut ausgewählt und ernannt werden.

---

<sup>27</sup> Ziebarth in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 53 Rn. 7; entsprechend zur Richterwahl Ehlers, Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl, 1998, S. 63.

<sup>28</sup> Körfner in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 53 Rn. 2; Weichert in Däubler u.a. (Fn. 2), Art. 53 Rn. 5 f., Römer in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 53 Rn. 25.

<sup>29</sup> Bange in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, § 11 BDSG Rn. 4 m.w.N.; kritisch von Lewinski in Auernhammer, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, § 11 Rn. 6; Thiel in Gola/Heckmann, Bundesdatenschutzgesetz, 13. Aufl. 2019, § 11 Rn. 4; Körfner in Paal/Pauly (Fn. 27), § 11 Rn. 2; Weichert in Däubler u.a. (Fn. 2), § 11 Rn. 3; Ziebarth in Sydow, Bundesdatenschutzgesetz, 2020, § 11 Rn. 3.

<sup>30</sup> Roßnagel, in Roßnagel, Hessisches Datenschutz- und InformationsfreiheitsG, 2021, § 9 Rn. 8.

<sup>31</sup> Polenz in Simitis/Hornung/Spiecker (Fn. 2), Art. 53 Rn. 3.

<sup>32</sup> Ziebarth in Sydow (Fn. 26), Art. 53 Rn. 11; vgl. Böhm in Kühling/Buchner (Fn. 28), Art. 53 Rn. 7.

Auch dann müssen alle formellen und materiell-rechtlichen Voraussetzungen erfüllt werden. Dies gilt insbesondere auch für die Transparenz des Verfahrens. Im Fall einer **geplanten Wiederwahl** muss eine öffentliche Bekanntgabe der geplanten Stellenbesetzung erfolgen und andere Kandidierende müssen ebenfalls die Möglichkeit haben, sich zu bewerben. Bei einer geplanten Wiederwahl darf die Qualifikation angesichts der während der Amtszeit gemachten Erfahrungen kritisch hinterfragt werden. Es darf keinen Automatismus einer Wiederwahl geben.

## 4.2 Ausschreibung

Ist die DSGVO auch freizügig hinsichtlich der ernennenden Stelle, so kommt dem geforderten transparenten Verfahren im Interesse demokratischer Legitimation jedoch eine besondere Bedeutung zu. Das Verfahren hat eine Vorwirkung für eine sachgemäße und legitime Entscheidung.<sup>33</sup> Das **Transparenzerfordernis** kann sich nicht nur auf die Bekanntgabe der Entscheidung beschränken und darauf, dass die Entscheidung in einer öffentlichen Sitzung erfolgt und im Nachhinein überprüfbar und nachvollziehbar ist.<sup>34</sup> Es muss zumindest die Möglichkeit einer öffentlichen Debatte vor der Auswahlentscheidung geben.<sup>35</sup>

Das Transparenzgebot setzt damit bereits vor der verbindlichen Entscheidung an. Dadurch soll die öffentliche Kontrolle gewährleistet werden, die sicherstellt, dass den personellen Anforderungen an Qualifikation und Unabhängigkeit genügt wird. Das Auswahlverfahren muss also so gestaltet sein, dass es sowohl durch eine demokratisch legitimierte Stelle mit einer gewissen zwangsweisen Nähe zur demokratisch gewählten Regierung betrieben wird, aber dennoch den Grundsatz der **Bestenauswahl** im Blick hat.

Gemäß Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz (GG) hat jeder Deutsche „nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte“. Diese Verfassungsregelung ist grundsätzlich auch auf **Wahlämter** anwendbar.<sup>36</sup> Leitungen der Aufsichtsbehörden nehmen kein Amt wahr, das organisatorisch oder funktionell zum Bereich der obersten Staatsorgane gehören, was eine Anwendung des Art. 33 Abs. 2 GG ausschließen würde. Es erfolgt zwar eine Bestellung auf Zeit. Diese Bestellung erfolgt aber nicht direkt, sondern nur indirekt durch demokratische Wahlen.<sup>37</sup>

Es liegt daher nahe, die Auswahl von den Mitgliedern nach Art. 53 DSGVO ähnlich zu behandeln wie die Auswahl von Richtern und Richterinnen an den obersten Gerichtshöfen.<sup>38</sup> Bei deren Auswahl ist **Art. 33 Abs. 2 GG zumindest in modifizierter Form** anwendbar.<sup>39</sup> Bei politischen Amtsträgern, etwa Staatssekretären, ist die politische Loyalität Bestandteil der „Eignung“. Etwas anderes muss aber bei

---

<sup>33</sup> Körffer in Paal/Pauly (Fn. 27), Art. 53 Rn. 2; BVerfG B.v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15, Rn. 20, NJW 2016, 3425 (3426) = NVwZ 313 = DÖV 2017, 76.

<sup>34</sup> Ziebarth in Sydow (Fn. 26), Art. 53 Rn.7; a.A. von Lewinski in Auernhammer (Fn. 28), § 11 Rn. 3.

<sup>35</sup> Polenz in Simitis/Hornung/Spiecker (Fn. 2), Art. 53 Rn. 4; Römer in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman (Fn. 27), Art. 53 Rn. 18; a.A. VG Schleswig B.v. 19.08.2020 – 12 B 36/20 unter Verweis auf Nguyen/Stroh in Gola, DS-GVO, 2. Aufl., Art. 53 Rn. 3.

<sup>36</sup> BVerfG B.v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15, NJW 2016,3425; a.A. VG Schleswig B.v. 19.08.2020 – 12 B 36/20, S. 8 f. m.w.N.

<sup>37</sup> BVerfG B.v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15 Rn. 21; Wieland in Herrmann/Krämer, Festschrift für Christian Kirchberg, 2017, S. 213 ff.

<sup>38</sup> Netzwerk Datenschutzexpertise (Fn. 7), S. 6 (2.2).

<sup>39</sup> BVerfG B.v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/13, Rn. 21 zu Richtern an obersten Gerichtshöfen.

der Leitung der Datenschutzaufsichtsbehörden gelten, deren Hauptfunktion die Kontrolle und Beratung ist, nicht jedoch die Vorbereitung, das Treffen und das Umsetzen von Entscheidungen.

Um zu vermeiden, dass schon durch die Vorauswahl der Bewerbungen qualifizierte Personen keine Chance haben, sich um die Leitungsposition zu bemühen, ist es zwingende Voraussetzung, dass sich alle möglicherweise geeigneten Personen auch tatsächlich bewerben können. Da der Zeitpunkt, wann eine neue Stelle zu besetzen ist und der Prozess der Benennung der Stelle nicht allen potenziell Interessierten bekannt sein kann, ist es unabdingbar, dass **Zeit und Verfahren öffentlich bekannt** gemacht werden.

Es ist daher naheliegend, eine explizite **öffentliche Ausschreibung** für die Position der Aufsichtsbehördenleitung vorzunehmen.<sup>40</sup> Die Regelung in Sachsen-Anhalt sieht dies vor. Dort, wo es an einer gesetzlichen Regelung fehlt, verpflichtet das Transparenzerfordernis in Art. 53 Abs. 1 DSGVO zumindest zu einer rechtzeitigen und allgemein verfügbaren Bekanntmachung. Diese kann durch die Regierung, das Parlament als Ganzes oder durch die Fraktionen erfolgen.<sup>41</sup>

Dass eine öffentliche Ausschreibung europarechtlich gewünscht ist, zeigt sich daran, dass der Besetzung der Position des oder der **Europäischen Datenschutzbeauftragten** (EDSB) ein solcher Prozess vorausgehen muss (Art. 53 Abs. 1 DSVO-EU)<sup>42</sup>: „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. Durch diese 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.“

Ausschreibungen sind normativ verpflichtend vorgesehen auch in Italien, Litauen und Luxemburg sowie in den Europarats-Staaten Montenegro und Norwegen.<sup>43</sup>

### 4.3 Weiterer Auswahlprozess

Bei der Besetzung der Leitungsstellen der nationalen Aufsichtsbehörden können die Vorgaben für die Ernennung des oder der Europäischen Datenschutzbeauftragten generell **Vorbild** sein. Sie sind aber nicht im Detail zwingend. Insofern besteht für die Gesetzgeber in den Mitgliedstaaten ein gewisser Spielraum. Dieser wird aber europarechtlich darauf festgelegt, dass es sich um ein transparentes Verfahren handeln muss, das eine öffentliche Debatte ermöglicht, über die ein Interessen- und Machtausgleich in Bezug auf die zu treffende Entscheidung eröffnet wird.<sup>44</sup>

Bei der Wahl des EDSB erfolgt die **Veröffentlichung einer Liste** der aussichtsreichen Kandidatinnen und Kandidaten. Damit ist beabsichtigt und wird gewährleistet, dass vor einer verbindlichen Entscheidung

---

<sup>40</sup> Weichert in Däubler u.a. (Fn. 2), Art. 53 Rn. 8; ähnlich Ziebarth in Sydow (Fn. 26), Art. 53 Rn. 8; von Lewinski in Auernhammer (Fn. 28), Art. 53 Rn. 16, § 11 Rn. 3.

<sup>41</sup> Netzwerk Datenschutzexpertise (Fn. 7), S. 6 f. (2.2.1).

<sup>42</sup> Verordnung (EU) 2018/1725 v. 23.10.2018, ABl. EU v. 21.11.2018, L 2295/39.

<sup>43</sup> Council of Europe (Fn. 9), S. 4.

<sup>44</sup> Weichert in Däubler u.a. (Fn. 2), Art. 53 Rn. 9.

eine öffentliche Debatte über die Stellenbewerbenden erfolgen kann. Ohne diese Veröffentlichung würde vor der Entscheidung keine ausreichende öffentliche Transparenz bestehen.

Anleihen sind insofern aus dem Richterrecht möglich. Datenschutzbeauftragte des Bundes und der Länder sind mit Richtern in Bezug auf Unabhängigkeit und auf gesetzliche Entscheidungsbefugnis vergleichbar.<sup>45</sup> Oberste Bundesrichter und Bundesrichterrinnen werden gemäß Art. 95 Abs. 2 GG mit von einem parlamentarischen Richterwahlausschuss bestimmt. Entsprechende Regelungen bestehen auf Landesebene.<sup>46</sup> Die Präsidentinnen und Präsidenten der oberen Landesgerichte werden in einigen Ländern in einer öffentlichen Sitzung angehört.<sup>47</sup> Eine Beeinträchtigung von deren Unabhängigkeit ist dadurch nicht zu befürchten. Vielmehr stärkt die **Anhörung in öffentlicher Sitzung** das öffentliche Vertrauen in den Auswahlprozess und in die Unparteilichkeit der ausgewählten Personen. Eine solche Anhörung, wie sie auch bei der EDSB-Auswahl vorgesehen ist und erfolgt, kann zwar zwingend nicht aus dem europarechtlichen Transparenzgebot abgeleitet werden, sie ist aber rechtlich geboten bzw. naheliegend.<sup>48</sup>

In einigen Gesetzen ist vorgesehen, dass die Wahl des Mitglieds nach Art. 53 DSGVO „**ohne Aussprache**“ erfolgt.<sup>49</sup> Begründet wird dies damit, dass eine Personaldiskussion vermieden werden soll, die Ansehen und Autorität der Person beschädigen könnte. Es solle eine Beschädigung in der Öffentlichkeit vermieden werden.<sup>50</sup> Diese Erwägung ist wenig plausibel: Die Würde des Amtes wird nicht durch eine Debatte über die Personalauswahl beeinträchtigt, sondern allenfalls durch eine nicht qualifizierte Auswahl und eine spätere unqualifizierte Amtsführung.<sup>51</sup> Eine Debatte direkt vor der Wahl ist die letzte Möglichkeit, auf die Wahlentscheidung Einfluss zu nehmen. Auch wenn dies zweifellos spät ist, ist es besser, als vollkommen auf eine Aussprache zu verzichten. Vorzuziehen wäre es allerdings, dass eine solche Debatte zu einem früheren Zeitpunkt und nach einem geregelten Verfahren erfolgt.<sup>52</sup>

In § 14 Abs. 2 S. 2 1. HS LDSG RP ist vorgesehen, dass die Wahl der oder des Landesbeauftragten in **geheimer Wahl** erfolgt. Diese Regelung sichert die Gewissensfreiheit der Abgeordneten und hindert eine öffentliche Debatte über die Personalauswahl nicht. Sie steht daher nicht im Widerspruch zum Transparenzgebot des Art. 53 Abs.1 DSGVO.

#### 4.4 Qualitative Anforderungen

Anders als zuvor, werden mit Wirksamwerden der DSGVO in Art. 53 Abs. 2 qualitative Anforderungen an die Amtsperson gestellt. Gefordert wird „die für die Erfüllung seiner Aufgaben und Ausübung seiner Befugnisse erforderliche **Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde** insbesondere im Bereich des

---

<sup>45</sup> Polenz in Simitis/Hornung/Spiecker (Fn. 2), Art. 53 Rn. 4.

<sup>46</sup> Z.B. Art. 76 Abs. 3 Verfassung Mecklenburg-Vorpommern, Art. 51 Abs. 3 Landesverfassung Niedersachsen, Art. 79 Abs. 3 Verfassung des Freistaats Sachsen, Art. 83 Abs. 4 Landesverfassung Sachsen-Anhalt, Art. 43 Abs. 2 Landesverfassung Schleswig-Holstein.

<sup>47</sup> Netzwerk Datenschutzexpertise (Fn. 7), S. 7 (2.2.2), mit Verweis auf § 21 LRiG SH.

<sup>48</sup> Weichert in Däubler u.a. (Fn. 2), § 11 Rn. 6.

<sup>49</sup> § 11 Abs. 1 S. 1 BDSG, § 22 Abs: 1 S. 1 LDSG BW, § 16 Abs. 1 S. 1 DSG M-V, § 14 Abs. 2 S. 2 2. HS, § 5 Abs. 1 S. 1 Errichtungsg ULD SH.

<sup>50</sup> BT-Drs. 18/2848, 13; Thiel in Gola/Heckmann (Fn. 28), § 11 Rn. 4, 7.

<sup>51</sup> Netzwerk Datenschutzexpertise (Fn. 7), S. 7 f. (2.2.3); ähnlich Polenz in Simitis/Hornung/Spiecker (Fn. 2), Art. 53 Rn. 5.

<sup>52</sup> Ziebarth in Sydow (Fn. 26), Art. 53 Rn. 8; Ziebarth in Sydow (Fn. 28), § 11 Rn. 3.

Schutzes personenbezogener Daten“. Die Regelungen in einigen Ländern verweisen teilweise ausdrücklich auf Art. 53 Abs. 2 DSGVO.<sup>53</sup> In anderen Regelungen wird dessen Formulierung oft wortgleich übernommen.<sup>54</sup> Die DSGVO-Vorgabe ist verbindlich und daher bei der Umsetzung auf nationaler Ebene umfassend zu beachten. Doch auch hier gibt es fragwürdige Modifikationen:

§ 22 Abs. 1 S. 2 LDSG BW hat aus der verbindlichen Vorgabe der DSGVO eine **Sollensvorschrift** gemacht. Die Nutzung des Wortes „soll“ statt „muss“ gibt nur den Regelfall vor und ist nicht zwingend; möglich sind Ausnahmen. Wegen der verbindlichen europarechtlichen Vorgaben können solche Ausnahmen aber auch in Baden-Württemberg nicht zugelassen werden.

In fast allen Umsetzungsgesetzen werden zusätzliche Anforderungen, die an **öffentliche Beschäftigte** bzw. Beamten gestellt werden, auch an das Mitglied i.S.v. Art. 53 DSGVO gestellt (Bund, BW, Bln, Bbg, Br, Hmb, Hess, M-V, Nds, NRW, RP, Saar, Sachs, LSA, SH, vgl. §§ 7, 14, 21, BLV). Hiergegen ist rechtlich grundsätzlich nichts einzuwenden, da damit zusätzlich eine formale Qualifikation gefordert wird, die sachlich gerechtfertigt werden kann.<sup>55</sup> Nicht gefordert werden kann jedoch, dass die zu ernennende Person die deutsche Staatsangehörigkeit hat.<sup>56</sup> Es ist darauf zu achten, dass bei den zusätzlichen Qualifikationsanforderungen keine Privilegierung z.B. von juristisch ausgebildeten Personen erfolgt (zumal oft auf die „Befähigung zum Richteramt“ verwiesen wird, vgl. §§ 5, 7 DRiG).

Die Leitung der Datenschutzaufsicht ist nämlich durchaus nicht nur rechtlich gefordert; an sie sind auch Anforderungen bezüglich technischer Qualifikation zu stellen.<sup>57</sup> Ein Ausschluss von qualifizierten Informatikerinnen und Informatikern ohne juristische Ausbildung wäre sachlich nicht zu rechtfertigen. Von praktischer Relevanz sind zudem soziale Kompetenz und Führungsfähigkeiten, was unter den Begriff der „Qualifikation“ i.S.v. Art. 53 Abs. 1 DSGVO zu subsumieren ist. Die Leitung einer Aufsichtsbehörde ist darauf angewiesen, dass deren Beschäftigte mit hoher Motivation und gut angeleitet tätig sind, um bei konfliktären Aufgaben wie der Auseinandersetzung mit Regierungen und digitalen Großkonzernen, fachlich exzellente Arbeit leisten zu können. Von großer praktischer Bedeutung ist zudem, dass das Mitglied nach Art. 53 DSGVO selbst neben der Muttersprache zumindest der englischen Sprache mächtig ist, da der europaweite Austausch zwischen den Aufsichtsbehörden, der in der DSGVO (Art. 60 ff.) angelegt ist, weitgehend in dieser Sprache erfolgt. Es genügt nicht, wenn Bedienstete diesen Austausch vornehmen.

Teilweise erfolgt einigen Regelungen eine **Altersbeschränkung**. So muss z.B. die oder der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit das 35. Lebensjahr vollendet haben (§ 11 Abs. 1 S. 3 BDSG). Hierbei handelt es sich um eine sachlich nicht gerechtfertigte Altersdiskriminierung (Art. 21 Abs. 1 GRCh).<sup>58</sup> Zwar ist für eine verantwortungsvolle Wahrnehmung der

---

<sup>53</sup> § 18 Abs. 2 NDSG, § 25 Abs. 2 S. 4 DSG NRW, § 14 Abs. 2 S. 1 LDSG RP, § 17 Abs. 1 S. 1 SDSG,

<sup>54</sup> § 11 Abs. 1 S. 4, 5 BDSG, § 9 Abs. 1 S. 3 BlnDSG, § 15 Abs. 1 S. 3 BbgDSG, § 18 Abs. 2, § 10 HDSIG, § 16 Abs. 1 S. 5, § 16 Abs. 1 S. 2 SächsDSG, § 21 Abs. 1 S. 2 DSAG LSA, § 5 ErrichtungG ULD SH, § 3 Abs. 2 ThürDSG.

<sup>55</sup> Selmayr in Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 53 Rn. 10..

<sup>56</sup> Selmayr in Ehmann/Selmayr (Fn. 54), Art. 53 Rn. 10; von Lewinski in Auernhammer (Fn. 28), § 11 Rn. 17; a.A. Ziebarth in Sydow (Fn. 26), Art. 53 Rn. 21; Ziebarth in Sydow (Fn. 28), § 11 Rn. 8.

<sup>57</sup> Netzwerk Datenschutzexpertise (Fn. 7), S. 9 (2.4); Weichert in Däubler u.a. (Fn. 2), Art. 53 Rn. 11.

<sup>58</sup> Römer in Schwartmann/Jaspters/Thüsing/Kugelmann (Fn. 27), Art. 53 Rn. 36; Weichert in Däubler u.a. (Fn. 2), Art. 53 Rn. 12; a.A. von Lewinski in Auernhammer (Fn. 28). Art. 53 Rn. 15, § 11 Rn. 22; Körfner in Paal/Pauly (Fn. 27), § 11 Rn. 3; Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, § 11 BDSG 2018 Rn. 9; Bange in Kühling/Buchner (Fn. 28), § 11 BDSG Rn. 7 f.

Aufgabe eine gewisse Lebenserfahrung erforderlich. Es ist aber nicht erkennbar, weshalb eine jüngere Person die nötigen Qualifikationen nicht mitbringen kann. Bei jüngeren Menschen oft anzutreffende Innovationsbereitschaft und hohes technisches Verständnis gehören geradezu zum Profil dieses Amtes.<sup>59</sup>

#### 4.5 Gerichtliche Angreifbarkeit der Auswahlentscheidung

Ein Verstoß gegen Art. 53 Abs. 2 DSGVO kann durch eine **Konkurrentenklage** geltend gemacht werden, bei der sich die klagende Person auf Art. 33 Abs. 2 GG berufen kann.<sup>60</sup> Es sollte im Interesse aller Beteiligten sein und es ist im Interesse des Datenschutzes und des Ansehens des Amtes, dass solche Klagen bzw. deren Erfolg durch eine korrekte Verfahrensweise vermieden werden. Art. 53 Abs. 2 DSGVO ist nicht nur ein unverbindlicher Programmsatz, sondern entfaltet gegenüber den ernennenden Gremien eine Bindungswirkung, die auch unionsgerichtlich überprüfbar ist.<sup>61</sup> Die Regelung definiert zugleich den Rahmen, in dem eine gerichtliche Überprüfung möglich ist. Die Leitungen von Datenschutzaufsichtsbehörden können nicht mit politischen Beamten gleichgesetzt werden, von denen eine Vertrauensbeziehung zur jeweiligen Regierung gefordert wird. Eine politisch bedingte Amtsenthebung ist wegen der Unabhängigkeit des Amtes ausgeschlossen. Umso wichtiger ist es, dass eine gewisse Prüfung der Qualifikation bei der Ernennung möglich ist.<sup>62</sup>

Ist eine Geeignetheit i.S.v. Art. 53 Abs. 2 DSGVO gegeben, so kann die parlamentarische Wahlentscheidung inhaltlich nicht weiter gerichtlich beanstandet werden. Anders als bei einer umfassenden Anwendung des Art. 33 Abs. 2 GG besteht keine Pflicht, die oder den Besten auszuwählen. Wahlen zeichnen sich durch Wahlfreiheit aus, soweit die Mindestvoraussetzungen für die Wählbarkeit vorliegen. Es besteht somit keine Pflicht zur Wahl eines bestimmten Kandidaten. Zwar müssen sich die Mitglieder des Wahlgremiums von Art. 33 Abs. 2 GG leiten lassen. Ihre Wahlentscheidung ist aber nur **eingeschränkt gerichtlich überprüfbar**.<sup>63</sup>

### 5 Beststellungspraxis in Bund und Ländern

Vor der direkten Anwendbarkeit der DSGVO, also vor Mai 2018, musste immer wieder festgestellt werden, dass bei der Besetzung der Leitungen von Datenschutzaufsichtsbehörden **sachfremde Erwägungen** ausschlaggebend waren. Nicht Qualifikation, sondern Parteibuch und Ämterpatronage bestimmten Auswahlentscheidungen.<sup>64</sup> Die Vorgaben des Art. 53 Abs. 2 DSGVO, die weitgehend im deutschen Recht abgebildet werden, sind inzwischen ein normatives Hindernis für ein derartiges Vorgehen. Offensichtlich unqualifizierte Ernennungen sind seitdem nicht mehr festzustellen.<sup>65</sup> Wohl aber wurde 2020 erstmals – erfolglos – versucht, gerichtlich gegen eine Ernennung einer

---

<sup>59</sup> Netzwerk Datenschutzexpertise (Fn. 7), S. 10 (2.4); a.A. Polenz in Simitis/Hornung/Spiecker (Fn. 2), Art. 53 Rn. 8.

<sup>60</sup> BVerfG U.v. 04.11.2010 – 2 C 16.09, NJW 2011, 695 = NVwZ 2011, 358 = DVBl 2011, 228 = BB 2010, 2884 = DÖV 2011, 367.

<sup>61</sup> Ziebarth in Sydow (Fn. 26), Art. 53 Rn. 20.

<sup>62</sup> Weichert in Däubler u.a. (Fn. 2), Art. 53 Rn. 14.

<sup>63</sup> Vgl. BVerfG B.v. 20.09.2016 – 2 BvR 2453/15, Rn. 27, 34; NJW 2016, 3425; zu undifferenziert VG Schleswig, U.v. 19.08.2020 – 12 B 36/20, S. 7 f.

<sup>64</sup> Ausführlich dazu Netzwerk Datenschutzexpertise (Fn. 7), S. 10 ff. (3).

<sup>65</sup> Appel, War es das, Frau Voßhoff? DANA 2/2019, 27; Ulrich Kelber wird neuer BfDI, DANA 1/2019, 28.

Datenschutzbeauftragten vorzugehen, u.a. mit dem Argument, die DSGVO-Vorgaben seien nicht eingehalten worden.<sup>66</sup>

Tatsächlich bleiben die **Ernenungsverfahren** in Deutschland weiterhin **defizitär**. Die durch Art. 53 Abs. 1 DSGVO zwingend geforderte Verfahrenstransparenz ist nur eingeschränkt durch konkretisierende Gesetze und teilweise überhaupt nicht gewährleistet. Sie besteht in vielen Fällen in der Praxis nicht. Dadurch geraten die Bestellungen immer wieder ins Zwielicht, was für das Vertrauen in die Datenschutzbehörden und die Akzeptanz von deren Wirken abträglich ist.

Abträglich ist auch, wenn die **Wiederbesetzung** von vakanten Stellen teilweise über Jahre hinweg verzögert wird. Dies war in der Vergangenheit oft der Fall.<sup>67</sup> In Nordrhein-Westfalen bestand von Sommer 2020 bis Frühjahr 2021 eine Vakanz.<sup>68</sup> Dies ist aktuell weiterhin bzw. erneut der Fall in den Ländern Sachsen-Anhalt<sup>69</sup> und Berlin. Durch ein öffentliches Bewerbungsverfahren kann derartigen Vakanz entgegen gewirkt werden.

Im Jahr 2022 stehen **Neuwahlen** an, so in Sachsen-Anhalt, Berlin, Sachsen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Baden-Württemberg. Die zunehmende Bedeutung digitaler Datenverarbeitung führt unmittelbar zu einer zunehmenden gesellschaftlichen und rechtspolitischen Bedeutung von Datenschutz und damit auch der Datenschutzbehörden. In einer solchen Situation geht es nicht an, dass die zu besetzenden Stellen in politischen Hinterzimmern ausgekugelt werden.<sup>70</sup> Dies schadet der Demokratie und dem Datenschutz und letztlich auch qualifizierten Kandidatinnen und Kandidaten, die in einem intransparenten Verfahren ausgewählt werden. Damit wird außerdem gegen europarechtliche Vorgaben verstoßen.

## 6 Abschließende Bemerkung

Es gehört zu den europarechtlichen Vorgaben, dass die Eröffnung des Besetzungsverfahrens von Mitgliedern nach Art. 53 DSGVO idealerweise durch eine Ausschreibung öffentlich bekannt gegeben wird. Wünschenswert ist, wie auf EU-Ebene praktiziert, dass eine Liste der in die engere Auswahl kommenden Personen veröffentlicht und eine Anhörung der Bewerbenden durchgeführt wird. Ein solches Verfahren sollte gesetzlich ausdrücklich festgeschrieben werden, um ein transparentes und vertrauenswürdige Verfahren langfristig zu gewährleisten. Aber auch ohne gesetzliche Konkretisierung ergeben sich diese **Anforderungen direkt aus der DSGVO** und können in der Praxis angewendet werden.

Datenschutz steht derzeit nicht im Fokus der öffentlichen Debatte. Zugleich wird der Datenschutz aber immer wieder als Vorwand genommen, um sinnvolle Maßnahmen zu sabotieren, etwa im Rahmen der Corona-Pandemie. Angegriffen wird dann nicht die konkrete Regulierung oder die konkrete Praxis, sondern regelmäßig der Grundrechtsschutz selbst. Zur **Verteidigung des Grundrechts auf Datenschutz** wie auch weiterer digitaler Grundrechte sind heute die Datenschutzbeauftragten, also die Chefinnen

---

<sup>66</sup> Datenschützerin Hansen rehabilitiert und wieder gewählt, DANA 3/2020, 191 ff.; Marit Hansen als ULD-Chefin bestätigt, DANA 4/2020, 254 f.; VG Schleswig B.v. 19.08.2020 – 12 B 36/20.

<sup>67</sup> Ausführlich Netzwerk Datenschutzexpertise (Fn. 7), S. 13 (3.6).

<sup>68</sup> Bettina Gayk neue Landesbeauftragte, [www.im.nrw](http://www.im.nrw) 19.05.2021.

<sup>69</sup> Neuer Datenschutzbeauftragter wohl erst nach Verfassungsänderung, DANA 1/2019, 40; Leopold als Datenschutzbeauftragter nicht gewählt, DANA 2/2018, 108 f.

<sup>70</sup> Selmayr in Ehmann/Selmayr (Fn. 54), Art. 53 Rn. 5.

und Chefs der Datenschutzaufsichtsbehörden, von größter Wichtigkeit. Da deren Qualität durch den Auswahlprozess stark bestimmt wird, ist die Etablierung professioneller Abläufe notwendig.

Deshalb sollte der Auswahl der Datenschutzbeauftragten auf Bundes- und Landesebene verstärkt Aufmerksamkeit gewidmet werden. Diese **Auswahl muss diskriminierungsfrei und transparent** erfolgen und sich an der Qualität der Bewerbenden ausrichten. Die weithin verbreitete politische Praxis des Ausklügelns in Hinterzimmern muss beendet werden.

## Anhang: die bestehenden Regelungen

### Art. 53 DSGVO

(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, 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.

(2) Jedes Mitglied muss über die für die Erfüllung seiner Aufgaben und Ausübung seiner Befugnisse erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten verfügen.

(3) Das Amt eines Mitglieds endet mit Ablauf der Amtszeit, mit seinem Rücktritt oder verpflichtender Versetzung in den Ruhestand gemäß dem Recht des betroffenen Mitgliedstaats. ...

### § 11 BDSG (Bund)

Ernennung und Amtszeit

(1) <sup>1</sup>Der Deutsche Bundestag wählt ohne Aussprache auf Vorschlag der Bundesregierung die Bundesbeauftragte oder den Bundesbeauftragten mit mehr als der Hälfte der gesetzlichen Zahl seiner Mitglieder. <sup>2</sup>Die oder der Gewählte ist von der Bundespräsidentin oder dem Bundespräsidenten zu ernennen. <sup>3</sup>Die oder der Bundesbeauftragte muss bei ihrer oder seiner Wahl das 35. Lebensjahr vollendet haben. <sup>4</sup>Sie oder er muss über die für die Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben und Ausübung ihrer oder seiner Befugnisse erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten verfügen. <sup>5</sup>Insbesondere muss die oder der Bundesbeauftragte über durch einschlägige Berufserfahrung erworbene Kenntnisse des Datenschutzrechts verfügen und die Befähigung zum Richteramt oder höheren Verwaltungsdienst haben. ...

(3) <sup>1</sup>Die Amtszeit der oder des Bundesbeauftragten beträgt fünf Jahre. <sup>2</sup>Einmalige Wiederwahl ist zulässig.

### § 22 LDSG BW (Baden-Württemberg)

Ernennung und Amtszeit

(1) <sup>1</sup>Der Landtag wählt ohne Aussprache auf Vorschlag der Landesregierung mit der Mehrheit seiner Mitglieder die Landesbeauftragte für den Datenschutz oder den Landesbeauftragten für den Datenschutz. <sup>2</sup>Diese oder dieser soll neben der erforderlichen Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst haben oder für eine andere Laufbahn des höheren Dienstes befähigt sein. ...

(3) <sup>1</sup>Die Amtszeit der oder des Landesbeauftragten für den Datenschutz beträgt sechs Jahre. <sup>2</sup>Die zweimalige Wiederwahl ist zulässig.

### Art. 33a Verfassung des Freistaats Bayern

(1) Der Landtag wählt auf Vorschlag der Staatsregierung einen Landesbeauftragten für den Datenschutz. ...

(4) <sup>1</sup>Der Landesbeauftragte für den Datenschutz wird auf sechs Jahre gewählt. <sup>2</sup>Wiederwahl ist zulässig.

**Art. 15 BayDSG Landesbeauftragter**

Ernennung und Aufgaben

(1) <sup>1</sup>Der Landesbeauftragte nach Art. 33a der Verfassung ist zuständige Aufsichtsbehörde nach Art. 51 DSGVO und überwacht die Einhaltung dieses Gesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz bei den öffentlichen Stellen. <sup>2</sup>Der Landesbeauftragte ist Beamter auf Zeit. <sup>3</sup>Die Ernennung, Entlassung und Abberufung erfolgt durch den Präsidenten des Landtags. ---

**Art. 18 BayDSG Landesamt**

Einrichtung und Aufgaben

... (3) Der Präsident des Landesamts ist Beamter auf Zeit und wird durch die Staatsregierung für die Dauer von fünf Jahren ernannt.

**§ 9 BlnDSG (Berlin)**

Ernennung und Beendigung des Amtsverhältnisses

(1) <sup>1</sup>Die oder der Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit wird vom Abgeordnetenhaus mit den Stimmen der Mehrheit seiner Mitglieder gewählt und von der Präsidentin oder dem Präsidenten des Abgeordnetenhauses ernannt. ... <sup>3</sup>Die oder der Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit muss über die zur Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben und Ausübung ihrer oder seiner Befugnisse erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten verfügen. <sup>4</sup>Sie oder er muss über durch einschlägige Berufserfahrung erworbene Kenntnisse des Datenschutzrechts verfügen und die Befähigung zum Richteramt oder höheren Verwaltungsdienst besitzen. ...

(3) Die Amtszeit beträgt fünf Jahre. ... Die einmalige Wiederwahl ist zulässig. ...

**§ 15 BbgDSG (Brandenburg)**

Ernennung und Amtszeit

(1) <sup>1</sup>Der Landtag wählt die Landesbeauftragte oder den Landesbeauftragten mit mehr als der Hälfte der gesetzlichen Zahl seiner Mitglieder. <sup>2</sup>Die oder der Gewählte ist von der Präsidentin oder dem Präsidenten des Landtages zu ernennen. <sup>3</sup>Die oder der Landesbeauftragte muss die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst oder eine nach dem Einigungsvertrag gleichgestellte Befähigung haben und die zur Erfüllung der Aufgaben erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde, insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten, besitzen. ...

(3) Die Amtszeit der oder des Landesbeauftragten beträgt sechs Jahre. Die Wiederwahl ist zulässig. ...

**§ 18 BremDSGVOAG (Bremen)**

Ernennung und Amtszeit

(1) <sup>1</sup>Die oder der Landesbeauftragte wird von der Bürgerschaft (Landtag) mit der Mehrheit ihrer Mitglieder gewählt. <sup>2</sup>Die oder der Gewählte ist von der Präsidentin oder dem Präsidenten der Bürgerschaft (Landtag) zu ernennen.

(2) Die oder der Landesbeauftragte muss die Befähigung zum Richteramt haben oder die Zugangsvoraussetzungen für die Laufbahnen der Laufbahngruppe 2 mit Zugang zum zweiten Einstiegsamt nach § 14 des Bremischen Beamtengesetzes erfüllen und über die für die Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben und Ausübung ihrer oder seiner Befugnisse erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten verfügen.

...

(4) <sup>1</sup>Die Amtszeit der oder des Landesbeauftragten beträgt acht Jahre. <sup>2</sup>Die Wiederwahl ist zulässig.

**§ 20 HmbDSG (Hamburg)**

Ernennungsvoraussetzungen

Die oder der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit muss die Befähigung zum Richteramt oder für die Laufbahn Allgemeine Dienste in der Laufbahngruppe 2 mit Zugang zum

zweiten Einstiegsamt haben und die zur Erfüllung ihrer beziehungsweise seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde besitzen.

Er wird von der Hamburgischen Bürgerschaft auf Vorschlag einer Fraktion mit der Mehrheit der Mitglieder gewählt und vom Bürgerschaftspräsidenten ernannt. Seine Amtszeit beträgt sechs Jahre, er kann einmal wiedergewählt werden.

### **§ 9 HDSIG (Hessen)**

Wahl

(1) Der Landtag wählt auf Vorschlag der Landesregierung die Hessische Datenschutzbeauftragte oder den Hessischen Datenschutzbeauftragten. ...

### **§ 10 HDSIG**

Persönliche Voraussetzungen

Die oder der Hessische Datenschutzbeauftragte muss über die für die Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben und die Ausübung ihrer oder seiner Befugnisse erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten verfügen und die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Dienst haben.

### **§ 16 DSG M-V (Mecklenburg-Vorpommern)**

Ernennung und Amtszeit

(1) <sup>1</sup>Der Landtag wählt ohne Aussprache das Mitglied der Aufsichtsbehörde mit mehr als der Hälfte der gesetzlichen Zahl seiner Mitglieder. <sup>2</sup>Die Wiederwahl ist nur einmal zulässig. <sup>3</sup>Vorschlagsberechtigt sind die Fraktionen des Landtages. <sup>4</sup>Die Präsidentin oder der Präsident des Landtages ernennt das Mitglied der Aufsichtsbehörde zur Beamtin auf Zeit oder zum Beamten auf Zeit. <sup>5</sup>Das Mitglied der Aufsichtsbehörde muss die Befähigung zum Richteramt, zum Verwaltungsdienst der Laufbahngruppe 2 zweites Einstiegsamt oder eine gleichgestellte Befähigung haben und die zur Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten besitzen. ...

### **§ 18 NDSG (Niedersachsen)**

Aufsichtsbehörde, Rechtsstellung der oder des Landesbeauftragten für den Datenschutz

... (2) Neben der nach Artikel 53 Abs. 2 der Datenschutz-Grundverordnung erforderlichen Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde, insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten, soll die oder der Landesbeauftragte die Befähigung zum Richteramt haben.

(3) <sup>1</sup>Die oder der Landesbeauftragte wird nach der Wahl durch den Landtag auf die Dauer von acht Jahren in ein Beamtenverhältnis auf Zeit berufen. <sup>2</sup>Die einmalige Wiederwahl ist zulässig. ...

### **§ 25 DSG NRW (Nordrhein-Westfalen)**

Errichtung und Rechtsstellung

(1) ... <sup>2</sup>Der Landtag wählt auf Vorschlag der Landesregierung die Leiterin oder den Leiter der Aufsichtsbehörde für den Datenschutz mit mehr als der Hälfte der gesetzlichen Zahl seiner Mitglieder.

... <sup>4</sup>Sie oder er muss die Befähigung zum Richteramt oder zu der Laufbahngruppe 2, zweites Einstiegsamt haben und die zur Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Erfahrung gemäß Artikel 53 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/679 besitzen. ...

(3) <sup>1</sup>Die oder der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit wird jeweils für die Dauer von acht Jahren in ein Beamtenverhältnis auf Zeit berufen. <sup>2</sup>Die einmalige Wiederwahl ist zulässig. ...

### **§ 14 LDSG RP (Rheinland-Pfalz)**

Rechtsstellung

... (2) <sup>1</sup>Die oder der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit soll neben der erforderlichen Erfahrung und Sachkunde nach Artikel 53 Abs. 2 der Datenschutz-Grundverordnung, insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten, die Befähigung zum Richteramt oder für das vierte Einstiegsamt haben. <sup>2</sup>Der Landtag wählt die Landesbeauftragte oder den Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit in geheimer Wahl mit der Mehrheit seiner Mitglieder auf Vorschlag einer Fraktion; eine Aussprache findet nicht statt. <sup>3</sup>Sie oder er wird nach der Wahl durch den Landtag auf die Dauer von acht Jahren in ein öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis berufen. <sup>4</sup>Die Wiederwahl und die Berufung für eine weitere Amtszeit sind zulässig. ...

### **§ 17 SDSG (Saarland)**

Ernennung und Amtszeit

(1) <sup>1</sup>Die oder der Landesbeauftragte für Datenschutz muss neben der erforderlichen Erfahrung und Sachkunde nach Artikel 53 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/679, insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten, die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst haben. <sup>2</sup>Die oder der Landesbeauftragte für Datenschutz wird durch den Landtag für sechs Jahre gewählt und in ein Beamtenverhältnis auf Zeit berufen. <sup>3</sup>Sie oder er wird von der Präsidentin oder dem Präsidenten des Landtages ernannt. <sup>4</sup>Die Wiederwahl und die Ernennung für weitere Amtszeiten sind zulässig. ...

### **§ 16 SächsDSDG (Sachsen)**

Ernennung und Amtszeit

(1) <sup>1</sup>Der Sächsische Datenschutzbeauftragte wird vom Landtag mit der Mehrheit seiner Mitglieder gewählt. <sup>2</sup>Wählbar ist, wer die Voraussetzungen für die Berufung in das Beamtenverhältnis auf Zeit erfüllt und über die für die Erfüllung der Aufgaben und Ausübung der Befugnisse erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde, insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten, verfügt. <sup>3</sup>Der Präsident des Landtages kann die Staatsregierung um Vorschläge ersuchen. <sup>4</sup>Der Gewählte ist vom Präsidenten des Landtages zu ernennen. ...

(3) <sup>1</sup>Die Amtszeit des Sächsischen Datenschutzbeauftragten beträgt sechs Jahre. <sup>2</sup>Eine einmalige Wiederwahl ist zulässig. ...

### **Artikel 63 Landesverfassung Sachsen-Anhalt**

Landesbeauftragter für den Datenschutz

... (2) Der Landtag wählt den Landesbeauftragten für den Datenschutz mit der Mehrheit der Mitglieder des Landtages für die Dauer von fünf Jahren.

### **§ 21 DSAG LSA**

Berufung des Landesbeauftragten für den Datenschutz

(1) <sup>1</sup>Der Landtag wählt gemäß Artikel 63 Abs. 2 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt den Landesbeauftragten für den Datenschutz; die einmalige Wiederwahl ist zulässig. <sup>2</sup>Der Landesbeauftragte für den Datenschutz muss die Befähigung für den Zugang zu Laufbahnen der Laufbahngruppe 2 unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 des Landesbeamtengesetzes erworben haben und über die zur Erfüllung seiner Aufgaben und zur Ausübung seiner Befugnisse erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde, insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten, verfügen. <sup>3</sup>Bewerber für das Amt des Landesbeauftragten für den Datenschutz sind vor jeder Wahl durch öffentliche Stellenausschreibung zu ermitteln.

(2) <sup>1</sup>Der Landesbeauftragte für den Datenschutz ist Beamter auf Zeit und wird vom Präsidenten des Landtages auf die Dauer von fünf Jahren berufen. ...

### **§ 5 Errichtungsgesetz ULD (Schleswig-Holstein)**

(1) <sup>1</sup>Der Landtag wählt auf Vorschlag der Fraktionen ohne Aussprache die Landesbeauftragte oder den Landesbeauftragten mit mehr als der Hälfte seiner Mitglieder für die Dauer von sechs Jahren. <sup>2</sup>Eine einmalige Wiederwahl ist zulässig.

(2) <sup>1</sup>Die oder der Gewählte ist von der Ministerpräsidentin oder dem Ministerpräsidenten zu ernennen. <sup>2</sup>Die oder der Landesbeauftragte muss die Laufbahnbefähigung für die Laufbahngruppe 2, 2. Einstiegsamt, der Fachrichtung Allgemeine oder Technische Dienste haben und dabei über die zur Erfüllung der Aufgaben und zur Ausübung der Befugnisse erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde auf dem Gebiet des Schutzes personenbezogener Daten verfügen. ...

### **§ 3 ThürDSG (Thüringen)**

Landesbeauftragter für den Datenschutz

(1) <sup>1</sup>Der Landtag wählt den Landesbeauftragten für den Datenschutz mit mehr als der Hälfte der gesetzlichen Anzahl seiner Mitglieder. <sup>2</sup>Der Gewählte ist vom Präsidenten des Landtags zu ernennen. ...

(2) Der Landesbeauftragte für den Datenschutz muss über die für die Erfüllung seiner Aufgaben und Ausübung seiner Befugnisse erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten verfügen. ...

(4) <sup>1</sup>Die Amtszeit des Landesbeauftragten für den Datenschutz beträgt sechs Jahre. <sup>2</sup>Einmalige Wiederwahl ist zulässig. ...

## Abkürzungen

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
B.	Beschluss
Bay	Bayern
BayLDA	Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht
Bbg	Brandenburg
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Berl	Berlin
BfDI	Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BLV	Verordnung über die Laufbahnen von Bundesbeamtinnen und Bundesbeamten
Br	Bremen
Bund	Bundesrepublik Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
DANA	DatenschutzNachrichten (Zeitschrift)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DSG	Datenschutzgesetz
DSGVO	Europäische Datenschutz-Grundverordnung
DSGVOAG	DSGVO-Ausführungsgesetz
EDSB	Europäischer Datenschutzbeauftragter
ErwGr	Erwägungsgrund der DSGVO
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f/f.	fort/folgende
Fn.	Fußnote
Frak	Fraktionen
GG	Grundgesetz
GRCh	Europäische Grundrechte-Charta
HDSIG	Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz
Hess	Hessen
Hmb	Hamburg
i.S.v.	im Sinne von
LDSG	Landesdatenschutzgesetz
LRiG	Landesrichtergesetz
LSA	Land Sachsen-Anhalt
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

---

Nds	Niedersachsen
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
Parl	Parlament
Reg	Regierung
Rn.	Randnummer
RP	Rheinland-Pfalz
S.	Satz oder Seite
Saar	Saarland
Sachs	Sachsen
SH	Schleswig-Holstein
Thür	Thüringen
U.	Urteil
u.a.	und andere
ULD	Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz SH
v.	von
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel