

# Die Unabhängigkeit der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden: der europarechtliche Rahmen

Astrid Epiney\*

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

**Astrid Epiney, Die Unabhängigkeit der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden: der europarechtliche Rahmen, in: Astrid Epiney/Julia Hänni/Flavia Brülisauer (Hrsg.), Die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden und weitere aktuelle Fragen des Datenschutzrechts / L'indépendance des autorités de surveillance et autres questions actuelles en droit de la protection des données, Zürich 2012, 13-30. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

- A. Einleitung
- B. Zum Zusatzprotokoll zur DSK
- C. Zu den Vorgaben der RL 95/46
  - I. Unabhängigkeit der Kontrollstelle
  - II. Befugnisse
  - III. Sonstige Aspekte
- D. Zu den Implikationen der RL 95/46 und der Rechtsprechung des EuGH für die Schweiz
- E. Schlussbemerkung

## A. Einleitung

Die **Ausgestaltung der Unabhängigkeit der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden** in der Schweiz ist (auch) an den **europarechtlichen Vorgaben** zu messen: Die Schweiz ist einerseits Vertragspartei der **Datenschutzkonvention des Europarates (DSK)**<sup>1</sup> sowie ihres **Zusatz-**

---

\* Der vorliegende Beitrag greift teilweise auf bereits früher durchgeführte Untersuchungen zurück, vgl. insbesondere *Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf*, Datenschutz in Europa – Überblick und Implikationen in den Bilateralen II, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf (Hrsg.), Datenschutz in Europa und die Schweiz / La protection des données en Europe et la Suisse, Zürich 2006, 45, 71 ff.; *Astrid Epiney*, Zu den Anforderungen an die Unabhängigkeit der Kontrollstellen im Bereich des Datenschutzes. Zum Urteil des EuGH vom 9. März 2010 i.S. Kommission/Deutschland in der Rs. C-518/07 und seinen Auswirkungen auf die Schweiz, AJP 2010, 659 ff.; s. auch *Astrid Epiney/Yvonne Schleiss*, in: Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann, Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011 (im Erscheinen), § 4, N 77 f.

<sup>1</sup> Konvention Nr. 108 zum Schutz des Einzelnen im Hinblick auf die automatische Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzkonvention, DSK). Diese ist unter <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/html/108.htm> im Internet abrufbar. Eine deutsche Übersetzung ist abgedruckt in EuGRZ 1981, 378. In der Schweiz ist der Text in SR 0.235.1 in einer deutschen Übersetzung veröffentlicht.

**protokolls aus dem Jahr 2001<sup>2</sup>**, wobei letzteres u.a. Vorgaben betreffend die Aufsichtsbehörden enthält. Andererseits ist sie aufgrund der Schengen-Assoziierung<sup>3</sup> an die Vorgaben der **RL 95/46 (Datenschutzrichtlinie<sup>4</sup>)** gebunden, dies jedenfalls soweit die von der Schengen-Assoziierung erfassten Bereiche betroffen sind.<sup>5</sup> Dabei spielen die einschlägigen Bestimmungen der RL 95/46 eine besondere Rolle, sind sie doch im Zusammenhang mit der umfassenden Schengen-Assoziierung der Schweiz zu sehen, in deren Rahmen auch die Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich von Bedeutung ist.

Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden die der RL 95/46 in Bezug auf die Unabhängigkeit und die Befugnisse der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden zu entnehmenden Vorgaben umrissen (C.) und nach ihren genauen Implikationen für die Schweiz gefragt werden (D.), dies auf der Grundlage eines Hinweises auf die entsprechenden Bestimmungen des Zu-

---

<sup>2</sup> Zusatzprotokoll Nr. 181 vom 8.11.2001. Der Volltext des Protokolls ist im Internet unter <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/html/181.htm> abrufbar. Eine deutsche Übersetzung ist in der Schweiz unter SR 0.235.11 veröffentlicht.

<sup>3</sup> Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SAA), SR 0.362.31.

<sup>4</sup> RL 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31. Diese Richtlinie soll im Zuge des Inkrafttretens des Vertrages von Lissabon, ebenso wie weitere datenschutzrechtliche Rechtsakte, revidiert werden. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde einerseits das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten in Art. 16 Abs. 1 AEUV und Art. 8 Grundrechtecharta primärrechtlich verankert und andererseits mit Art. 16 Abs. 2 AEUV eine neue Rechtsgrundlage für die einheitliche Regelung des Datenschutzes eingeführt. Ausserdem wurde die frühere Säulen-Struktur der EU aufgehoben. Es stellt sich daher die Frage nach legislativen Anpassungen des Sekundärrechts. In ihrer datenschutzrechtlichen Strategie vom 4.11.2010 (Mitteilung der Kommission vom 4.11.2010, Gesamtkonzept für den Datenschutz in der Europäischen Union, KOM (2010) 609 endg.) stellt die Kommission die Schaffung einer bereichsübergreifenden datenschutzrechtlichen Regelung in Aussicht, die grundsätzlich (wobei jedoch Sonderregelungen etwa für Europol oder das SIS vorbehalten bleiben sollen) für die Datenverarbeitung in sämtlichen Sektoren und Politikbereichen der EU gelten soll. Damit sollen insbesondere die Stärkung der Rechte des Einzelnen, die Stärkung der Binnenmarktdimension, eine Ausdehnung der Geltung der allgemeinen Vorschriften auch für den Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, eine Verbesserung der globalen Dimension des Datenschutzes sowie ein verstärkter institutioneller Rahmen für eine bessere Durchsetzung der Datenschutzvorschriften erreicht werden. Vgl. zu diesen Perspektiven *Astrid Epiney*, Neuere Entwicklungen im EU-Datenschutzrecht und Auswirkungen für die Schweiz, AJP 2011 (im Erscheinen).

<sup>5</sup> Es ist streitig, ob die RL 95/46 nur für die von der Schengen- und Dublin-Assoziierung erfassten Bereiche oder allgemein (wie für einen EU-Mitgliedstaat) verbindlich ist. Vgl. für die zuletzt genannte Ansicht *Astrid Epiney*, Datenschutz und „Bilaterale II“, SJZ 2006, 121, 122 ff.; a.A. *Stephan C. Brunner*, Zur Umsetzung von „Schengen“ und „Dublin“ im Bereich des Datenschutzes: Drei Thesen, in: *Astrid Epiney/Patrick Hobi* (Hrsg.), Die Revision des Datenschutzgesetzes / La révision de la Loi fédérale sur la protection des données, Zürich, 2009, 139, 140 ff.; *Beat Rudin/Bruno Baeriswyl*, „Schengen“ und der Datenschutz in den Kantonen: Anforderungen – Beurteilung – Handlungsbedarf, in: *Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf* (Hrsg.), Datenschutz in Europa und die Schweiz / La protection des données en Europe et la Suisse, Zürich 2006, 169, 175 f. Auch die Bundesbehörden gehen lediglich von einer „sektoriellen Verbindlichkeit“ der RL 95/46 aus, vgl. *Epiney*, AJP 2011 (Fn. 4).

satzprotokolls zur Datenschutzkonvention (B.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung (E.).

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass der EGMR aus **Art. 8 EMRK** – der auch das Recht des Einzelnen darauf, dass sie betreffende Daten nicht gespeichert und verwertet werden<sup>6</sup> – u.a. die Pflicht der Vertragsstaaten ableitet, eine unabhängige und entscheidungsbefugte Behörde vorzusehen, die zumindest in bestimmten Fallgestaltungen über gewisse Datenbearbeitungen zu entscheiden hat bzw. angerufen werden können muss.<sup>7</sup> Zwar beziehen sich die diesbezüglichen Aussagen des Gerichtshofs jeweils nur auf den konkreten Fall; immerhin bilden sie aber einen Ansatzpunkt dafür, dass unabhängige Aufsichtsbehörden vorzusehen sind. Dabei lassen sich der Rechtsprechung des EGMR jedoch keine wirklichen Präzisierungen in Bezug auf die genaue Ausgestaltung und Funktionsweise dieser Behörden entnehmen.<sup>8</sup>

## B. Zum Zusatzprotokoll zur DSK

Das Zusatzprotokoll zur DSK<sup>9</sup> verpflichtet die Vertragsstaaten u.a.,<sup>10</sup> **unabhängige<sup>11</sup> nationale Kontrollstellen** einzurichten, die darüber wachen, dass die im Hinblick auf die Erfüllung der

---

<sup>6</sup> Vgl. nur EGMR, Urt. v. 6.9.1978, EuGRZ 1979, 278 (Klass u.a./Deutschland); EGMR, Urt. v. 25.6.1997, RJD 1997-III (Halford/Vereinigtes Königreich). Ausführlich zur Tragweite des Art. 8 EMRK im Zusammenhang mit datenschutzrechtlichen Fragestellungen *Astrid Epiney/Yvonne Schleiss*, in: Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann, *Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern 2011 (im Erscheinen), § 3 N 9 ff.

<sup>7</sup> EGMR, Urt. v. 4.5.2000, RJD 2000-V, N 61 ff. (Rotaru/Rumänien); EGMR, Urt. 7.7.1989, Serie A, Bd. 60, N 49 (Gaskin/Vereinigtes Königreich).

<sup>8</sup> *Bernhard Waldmann/Andre Spielmann*, *Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht*, Zürich 2010, 25.

<sup>9</sup> Fn. 2. Das Protokoll ist für die Schweiz am 1. April 2008 in Kraft getreten. Vgl. zu dem Protokoll, m.w.N., schon *Astrid Epiney/Bernhard Hofstötter/Annekathrin Meier/Sarah Theuerkauf*, *Schweizerisches Datenschutzrecht vor europa- und völkerrechtlichen Herausforderungen. Zur rechtlichen Tragweite der europa- und völkerrechtlichen Vorgaben und ihren Implikationen für die Schweiz*, Zürich 2007, 71 ff.; s. auch *Epiney/Schleiss*, in: *Datenschutzrecht* (Fn. 6), § 3 N 42 f.

<sup>10</sup> Daneben enthält das Protokoll auch Verpflichtungen in Bezug auf die Regelung der grenzüberschreitenden Datenbekanntgabe. Vgl. zu diesem Aspekt des Zusatzprotokolls *Jean-Philippe Walter*, *Communication de données personnelles à l'étranger*, in: Astrid Epiney/Patrick Hobi (Hrsg.), *Die Revision des Datenschutzgesetzes / La révision de la Loi sur la protection des données*, Zürich 2009, 99, 110 ff.

<sup>11</sup> Dabei verlangt das Protokoll, insofern ebenso wie Art. 28 RL 95/46 (hierzu noch unten C.), dass diesen Stellen völlige Unabhängigkeit gewährleistet wird. Da davon auszugehen ist, dass das Kriterium der Unabhängigkeit in dem Zusatzprotokoll und in der RL 95/46 parallel auszulegen ist, sei diesbezüglich auf die Erwägungen zur RL 95/46 verwiesen (unten C.). Nur am Rande sei hier darauf hingewiesen, dass der erläuternde Bericht zum Zusatzprotokoll verschiedene Elemente aufführt, die im Hinblick auf die Wahrung der Unabhängigkeit von Bedeutung sind: Zusammensetzung der Behörde, Modalitäten der Ernennung ihrer Mitglieder, Amtsdauer und Voraussetzungen für eine Beendigung des Amtes, ausreichende Mittel sowie keinerlei Weisungsbefugnisse oder „Einmischungen“ von aussen, vgl. *Explanatory report to the additional protocol to the convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data regarding supervisory authorities and transborder data flows*, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/html/181.htm>.

sich aus dem Übereinkommen und dem Zusatzprotokoll ergebenden Verpflichtungen erlassenen Gesetze und Vorschriften eingehalten werden (Art. 1 Abs. 1 ZP).<sup>12</sup> Den Kontrollstellen sollen insbesondere **Untersuchungs-, Interventions- und Klagerechte** zustehen, so dass ihnen letztlich gegenüber öffentlichen Stellen und Privaten Weisungsbefugnisse zukommen müssen. Ausserdem soll ihnen eine Anzeigebefugnis eingeräumt werden, um den zuständigen Justizbehörden Verletzungen der Datenschutzkonvention und des Zusatzprotokolls zur Kenntnis zu bringen (Art. 1 Abs. 2 lit. a ZP).<sup>13</sup>

Jede Kontrollstelle soll im Rahmen ihrer Zuständigkeiten Ansprüche, die von Personen in Bezug auf die Wahrung ihrer Rechte und Grundfreiheiten betreffend die Verarbeitung personenbezogener Daten geltend gemacht werden, behandeln (Art. 1 Abs. 2 lit. b ZP). Gegen belastende Entscheidungen der Kontrollstellen steht der Rechtsweg offen (Art. 1 Abs. 4 ZP). Zudem sollen die Kontrollstellen miteinander kooperieren und alle sachdienlichen Informationen austauschen (Art. 1 Abs. 5 ZP).

Insgesamt ist davon auszugehen, dass das Protokoll in Bezug auf die datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden im Wesentlichen **parallele Vorgaben wie die RL 95/46** enthält und ihm jedenfalls keine weitergehenden Voraussetzungen zu entnehmen sind, ist die Konzeption der im Protokoll und in der Richtlinie vorgesehenen Kontrollstellen doch in jeder Hinsicht parallel ausgestaltet.<sup>14</sup>

### C. Zu den Vorgaben der RL 95/46

---

<sup>12</sup> Da das Schengener Durchführungsabkommen (SDÜ) – das Teil des Schengen-Besitzstands ist, den die Schweiz im Rahmen der Schengen-Assoziierung zu übernehmen hat – in Art. 117 auf die DSK Bezug nimmt, womit wohl auch das Zusatzprotokoll erfasst sein dürfte, ist das Protokoll für die Schweiz zudem auch aufgrund der Schengen-Assoziierung zu beachten, ganz abgesehen davon, dass diverse weitere Bestimmungen des SDÜ in Bezug auf punktuelle Fragen (etwa das SIS) die Verpflichtung zur Einrichtung (unabhängiger) Kontrollinstanzen enthalten, vgl. hierzu im Einzelnen *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 28 ff.; s. auch *Rudin/Baeriswyl*, in: *Datenschutz in Europa und die Schweiz* (Fn. 5), 169, 176 f., die davon sprechen, dass davon auszugehen sei, dass das Zusatzprotokoll für die Bestimmung des nach dem SDÜ sicherzustellenden Mindeststandards herangezogen werden wird.

<sup>13</sup> Zur Tragweite dieser Verpflichtung, Kontrollstellen einzurichten, etwa *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 26 f.; *Epiney/Schleiss*, in: *Datenschutzrecht* (Fn. 6), § 3 N 42 f.

<sup>14</sup> In diese Richtung wohl auch, da die diesbezüglichen Verpflichtungen aus dem Zusatzprotokoll und der RL 95/46 kommentarlos nebeneinander gestellt werden, *Philippe Meier*, *Protection des données. Fondements, principes généraux et droit privé*, Bern 2011, N 1864 ff.; ebenso wohl auch *Isabelle Häner*, *Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden. Umsetzung am Beispiel der Datenschutzaufsicht des Kantons Zürich*, Zürich/ u.a. 2008, 8 ff., die die Vorgaben des Zusatzprotokolls und der RL 95/46 (jedenfalls soweit die Unabhängigkeit der Kontrollstelle betroffen ist) zusammen unter dem Begriff „internationales Recht“ analysiert und präzisiert.

Nach Art. 28 ist bzw. sind zur Überwachung der Anwendungen der Richtlinie **in den Mitgliedstaaten** eine oder mehrere<sup>15</sup> „völlig unabhängige“ **Kontrollstelle(n)** zu schaffen; diese sind für die Kontrolle aller Verarbeitungen zuständig, die auf dem Hoheitsgebiet ihres Mitgliedstaates stattfinden, unabhängig vom einzelstaatlichen Recht, das auf die jeweilige Verarbeitung anzuwenden ist (Art. 28 Abs. 6 RL 95/46/EG).<sup>16</sup>

Die genaue rechtliche Tragweite dieser Bestimmung wirft einige Fragen auf, wobei zwischen der im vorliegenden Zusammenhang besonders relevanten Frage nach der Ausgestaltung der Unabhängigkeit der Kontrollstelle(n) (I.), den den Kontrollstellen einzuräumenden Befugnissen (II.) und sonstigen Aspekten (insbesondere die Behandlung von Eingaben Privater) (III.) unterschieden werden kann.

## I. Unabhängigkeit der Kontrollstelle

Art. 28 Abs. 1 RL 95/46/EG sieht vor, dass die Kontrollstellen die „ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen. Aufgeworfen wird damit die Frage, welcher Spielraum den Mitgliedstaaten bei der Sicherstellung dieser Unabhängigkeit verbleibt, der im Folgenden auf der Grundlage einiger allgemeiner Ausführungen (1.) und der Analyse des diesbezüglich zentralen Urteils des EuGH in der Rs. C-518/07 (2.) nachgegangen werden soll. In einer Synthese sind auf vor diesem Hintergrund die Anforderungen an die Unabhängigkeit zusammenfassend herauszuschälen (3.).

### 1. Grundsatz

Ausgangspunkt für die Präzisierung der Anforderungen an die „**völlige Unabhängigkeit**“ ist, dass die genaue Ausgestaltung dieser Unabhängigkeit den Mitgliedstaaten überlassen bleibt,<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Die Richtlinie nimmt damit Rücksicht auf die föderalistische Struktur mancher Mitgliedstaaten, wie zum Beispiel Deutschland, wo es neben dem Bundesdatenschutzbeauftragten auch Datenschutzbeauftragte der einzelnen Bundesländer gibt, vgl. *Eugen Ehmann/Marcus Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Köln 1999, Art. 28, N 1; *Rudolf Gridl*, Datenschutz in globalen Kommunikationssystemen, Baden-Baden 1999, 256; *Ulrich Dammann/Spiros Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Baden-Baden 1997, Art. 28, N 4.

<sup>16</sup> Daneben sieht auch Art. 25 Rahmenbeschluss 2008/977 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden, ABl. 2008 L 350, 60, die Einrichtung einer unabhängigen Datenaufsichtsbehörde vor, wobei die nach diesem Rahmenbeschluss wahrzunehmenden Aufgaben auch von den aufgrund des Art. 28 RL 95/46 einzurichtenden Kontrollbehörden wahrgenommen werden können.

<sup>17</sup> Zum Kriterium der Unabhängigkeit ausführlich bereits etwa *Ulf Brühmann*, Europarechtliche Grundlagen, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München 2003, Kap. 2.4, N 42 f.; *Georgios Gounalakis/Elmar Mand*, Die neue EG-Datenschutzrichtlinie – Grundlagen einer Umsetzung in nationales Recht, CR 1997, 497, 501 f., mit Hinweisen auf hier im Einzelnen (damals) bestehende Meinungsstreitigkeiten. Jüngst umfassend, m.w.N., *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 33 ff., die zwischen funktioneller Unabhängigkeit (keine Weisungsunterworfenheit), institutioneller Unabhängigkeit (Stellung und Wahl der Aufsichtsbehörde

so dass insbesondere nicht eine irgendwie geartete institutionelle Ausgestaltung (etwa die Schaffung einer juristischen Person) gefordert ist (**Unabhängigkeit nicht als Organisationsmerkmal, sondern als Tätigkeitsqualifikation**)<sup>18</sup> und auch eine gewisse Aufsicht durch staatliche (Legislativ-) Organe die Unabhängigkeit nicht *per se* ausschliesst.<sup>19</sup> Vor diesem Hintergrund schliessen eine organisatorische „Einbettung“ in die staatliche Behördenstruktur und eine gerichtliche oder parlamentarische Aufsicht durch staatliche Organe die Unabhängigkeit nicht bereits als solche aus. Hierfür spricht im Übrigen, dass nach Art. 28 Abs. 3 am Ende RL 95/46 gegen beschwerende Entscheidungen der Kontrollstelle der Rechtsweg eröffnet ist und ihre Tätigkeiten damit der gerichtlichen Kontrolle unterliegen.

Allerdings muss in **funktionaler Hinsicht** sichergestellt sein, dass die Kontrollstellen ihre Entscheidungen und Aktivitäten **frei von jedem Einfluss vorbereiten und umsetzen** können,<sup>20</sup> was auch eine Rechtmässigkeitskontrolle ausschliesst.<sup>21</sup> Denn die Frage der Rechtmässigkeit des Handelns hängt regelmässig sehr eng mit der Art und Weise der Ausübung der Kontrollfunktion zusammen, ganz abgesehen davon, dass man über Rechtsfragen bekanntlich unterschiedlicher Auffassung sein kann, so dass auch eine auf die Rechtmässigkeit beschränkte Aufsicht oder Weisungsbefugnis zumindest die Gefahr auch einer Zweckmässigkeitskontrolle mit sich brächte. Jede **Einflussnahme von aussen** muss daher **ausgeschlossen** sein (so dass die Unabhängigkeit nicht nur gegenüber den „Kontrollierten“, sondern gegenüber allen hoheitlichen und privaten Akteuren zu gewährleisten ist),<sup>22</sup> und die Wahrnehmung der personellen und finanziellen Angelegenheiten der Kontrollstelle muss so ausgestaltet sein, dass ihre Unabhängig-

---

und ihrer leitenden Organe) sowie materieller Unabhängigkeit (ausreichende Finanzierung und Infrastruktur, Budgethoheit) unterscheiden.

<sup>18</sup> Vgl. *Brühann*, in: Handbuch Datenschutzrecht (Fn. 17), Kap. 2.4, N 42; *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 34; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 15), Art. 28, N 5; *Jürgen Kühling/Christian Seidel/Anastasios Sivridis*, Datenschutzrecht, Frankfurt 2008, 58; *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 10 f. Diese Sicht ergibt sich bereits aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, wurde doch das Erfordernis der Unabhängigkeit als Organisationsmerkmal der Stelle zugunsten der Unabhängigkeit als Qualifikation der Tätigkeit ersetzt, vgl. *Brühann*, in: Handbuch Datenschutzrecht (Fn. 17), Kap. 2.4, N 42.

<sup>19</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-518/07 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 9.3.2010, N 43.

<sup>20</sup> Ebenso *Herbert Burkert*, Internationale Grundlagen, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München 2003, Kap. 2.3, B, V, N 55; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 15), Art. 28, N 5 f.; *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 10 f.; *Johanna Kübler*, Die Säulen der EU, Baden-Baden 2002, 93 f.; *Christoph von Burgsdorff*, Die Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie im nicht-öffentlichen Bereich, Frankfurt 2003, 91; *Spiros Simitis*, Die EU-Datenschutzrichtlinie – Stillstand oder Anreiz?, NJW 1997, 281, 287.

<sup>21</sup> Wie hier *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 15), Art. 28, N 6; *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 35; wohl auch *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 15), Art. 28, N 5 f.; a.A. ohne nähere Begründung *Brühann*, in: Handbuch Datenschutzrecht (Fn. 17), Kap. 2.4, N 44.

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-518/07 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 9.3.2010, N 19, 30. S. auch die insofern klare Stellungnahme der Europäischen Kommission im Rahmen dieses Verfahrens, zitiert bei *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 31 f. Unklar insofern *Ferdinand Kopp*, Tendenzen der Harmonisierung des Datenschutzrechts in Europa, DuD 1995, 204, 211.

keit nicht in Frage gestellt wird, was auch eine gewisse Budgethoheit implizieren dürfte.<sup>23</sup> Denkbar ist damit – neben der gerichtlichen Kontrolle – lediglich eine „verwaltungsmässige“ Kontrolle insbesondere durch das Parlament, ähnlich wie sie häufig für die Gerichte vorgesehen ist.<sup>24</sup> Dabei müssen derartige Kontrollmechanismen so ausgestaltet sein, dass sie von vornherein keine Implikationen für die Wahrnehmung der Aufgaben durch die Kontrollstelle entfalten können.<sup>25</sup> Dies dürfte insbesondere implizieren, dass Art und Inhalt der Kontrolle klar im Voraus festgelegt sind und jedenfalls keinen Zusammenhang mit der Wahrnehmung der eigentlichen Aufgaben der Aufsichtsbehörde (Kontrolle der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben) aufweisen dürfen. In Betracht kommen damit etwa Rechnungsführungskontrollen oder auch gewisse disziplinarische Massnahmen.

## 2. Zum Urteil des EuGH in der Rs. C-518/07<sup>26</sup>

Grundlegende Fragen nach der **genauen Tragweite des Merkmals der Unabhängigkeit** beantwortete der **EuGH** in der **Rs. C-518/07**<sup>27</sup>. Hintergrund der von der Kommission angestregten Vertragsverletzungsklage war die Ausgestaltung der datenschutzrechtlichen Kontrolle in Deutschland: Diese ist unterschiedlich geregelt, je nachdem, ob die Daten von einer öffentlichen Stelle verarbeitet werden oder nicht, da nicht dieselbe(n) Stelle(n) diese Kontrolle wahrnehmen. So wird die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Organe des Bundes durch den Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit überwacht, diejenige durch

---

<sup>23</sup> S. in diesem Zusammenhang auch *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 15), Art. 28, N 3 ff., die davon ausgehen, dass die „völlige Unabhängigkeit“ nur bei kumulativem Vorliegen der institutionellen, funktionellen und materiellen Unabhängigkeit gegeben sei, was i.Erg. der hier vertretenen Ansicht entspricht. Ausführlich zum Merkmal der Unabhängigkeit *Peter Schaar*, Unabhängige Datenschutzaufsicht im Innenministerium. Zum Massstab der „völligen Unabhängigkeit“ der Datenschutzaufsicht nach Art. 28 Datenschutzrichtlinie, DuD 2005, 579 ff.; *Walter Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 4, Europäische Grundrechte, Heidelberg 2009, N 1477 ff.

<sup>24</sup> S. auch die zu Gerichten gezogene Parallele bei *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 11; *Brunner*, in: Die Revision des Datenschutzgesetzes (Fn. 5), 139, 144; *Hans-Hermann Schild*, Die völlige Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden aus europarechtlicher Sicht – zugleich Überlegungen, die bestehende Vertragsverletzung im Bereich der Kontrollbehörden nach Art. 28 EG-DS-RiLi der Bundesrepublik Deutschland endlich zu beenden, DuD 2010, 549, 531; *Beat Rudin/Sandra Stämpfli*, Datenschutzrechtliche Weiterentwicklungen – neue Herausforderungen, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis. Weiterentwicklung der Rechtsgrundlagen, Zürich u.a. 2010, 197, 222.

<sup>25</sup> S. schon *Epiney*, SJZ 2006 (Fn. 5), 121, 126; ebenso *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 11; *Schaar*, DuD 2005 (Fn. 23), 579, 580.

<sup>26</sup> Vgl. im Einzelnen zu dem Urteil schon *Astrid Epiney*, Zu den Anforderungen an die Unabhängigkeit der Kontrollstellen im Bereich des Datenschutzes. Zum Urteil des EuGH vom 9. März 2010 i.S. Kommission/Deutschland in der Rs. C-518/07 und seinen Auswirkungen auf die Schweiz, AJP 2010, 659 ff.; zu dem Urteil auch, mit im Wesentlichen paralleler Bewertung, *Beat Rudin*, Völlig unabhängige Datenschutzaufsicht, digma 2010, 79 ff.; s. sodann *Schild*, DuD 2010 (Fn. 24), 549 ff., der im Einzelnen den Modifikationsbedarf im deutschen Recht nach dem Urteil des Gerichtshofs erörtert.

<sup>27</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-518/07 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 9.3.2010.

öffentliche Stellen der Länder durch die jeweiligen Landesdatenschutzbeauftragten. Diese Stellen sind gegenüber ihrem jeweiligen Parlament rechenschaftspflichtig, unterliegen jedoch keinerlei Aufsicht, Weisungen oder sonstigem Einfluss durch die von ihnen zu kontrollierenden öffentlichen Stellen. Hingegen sind die mit der Kontrolle der Datenverarbeitung des nichtöffentlichen Bereichs sowie der Wettbewerbsunternehmen des öffentlichen Sektors in den Bundesländern betrauten Kontrollorgane ausdrücklich einer staatlichen Aufsicht unterworfen, wobei die Stellung dieser Behörden ansonsten in den verschiedenen Bundesländern differiert.<sup>28</sup> Grundsätzlich bezieht sich diese Aufsicht durch die staatlichen Behörden (also die Ministerien der Länder) auf die Zweckmässigkeit, die Rechtmässigkeit und die Verhältnismässigkeit des Agierens dieser Kontrollstellen.<sup>29</sup> In dem Verfahren vor dem EuGH ging es vor diesem Hintergrund um die Frage, ob diese Ausgestaltung der staatlichen Aufsicht mit den Anforderungen des Art. 28 Abs. 1 RL 95/46, wonach die Kontrollstellen die „ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen, in Einklang steht, was der Gerichtshof im Ergebnis verneinte.

Die Beantwortung dieser Vorlagefrage erfolgte dabei auf der Grundlage einiger **grundsätzlicher Bemerkungen zum Erfordernis der Unabhängigkeit und der Rolle der Kontrollstellen**:

- Ausgehend vom **Wortlaut des Art. 28 Abs. 1 RL 95/46**, wonach die Kontrollstelle in „völliger Unabhängigkeit“ agieren müsse, hält der EuGH zunächst fest, dass nichts in dieser Wendung darauf hindeute, dass sich dieses durch das Adjektiv „völlig“ verstärkte Unabhängigkeitserfordernis nur auf das Verhältnis zwischen den Kontrollstellen und den ihrer Kontrolle unterstellten Einrichtungen beziehe, so dass die **Kontrollstelle frei von jeglicher Einflussnahme von ausserhalb, sei sie nun unmittelbar oder mittelbar, sein müsse**.
- Die Rolle der Kontrollstellen sei im Zusammenhang mit der **Zielsetzung der Richtlinie** zu sehen: Diese solle den freien Verkehr personenbezogener Daten im Binnenmarkt fördern, was jedoch das aus Art. 8 EMRK fliessende Recht auf Achtung der Privatsphäre beeinträchtigen könne, so dass die Richtlinie auch das Ziel der Gewährleistung eines hohen Datenschutzniveaus verfolge. Die Kontrollstellen seien nun die Hüter dieses Grundrechts, und ihre Tätigkeit solle die betroffenen Personen stärker schützen, so dass die Kontrollstellen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben **objektiv und unparteiisch** vorgehen müssten. Hierzu müssten sie aber vor **jeglicher Einflussnahme von aussen sicher sein**.
- Der Begriff „völlige Unabhängigkeit“ in Art. 28 Abs. 1 RL 95/46 sei ebenso wie in Art. 44 Abs. 1 **VO 45/2001**<sup>30</sup> (der die Stellung des **Europäischen Datenschutzbeauftragten** regelt und ebenfalls den Begriff der „völligen Unabhängigkeit“ verwendet) auszulegen.

Auf dieser Grundlage verneinte der Gerichtshof im Ergebnis die Vereinbarkeit der erwähnten Ausgestaltung der Rechtsstellung der Aufsichtsbehörden, soweit die Aufsicht über Private betroffen ist, mit den Vorgaben der RL 95/46: Die staatliche Aufsicht über gewisse Kontrollstellen der Länder ermögliche es der Regierung des betreffenden Landes oder einer Stelle der ihr untergeordneten Verwaltung, auf **Entscheidungen der Kontrollstellen unmittelbar oder mittelbar**

---

<sup>28</sup> Vgl. im Einzelnen hierzu EuGH, Rs. C-518/07 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 9.3.2010, N 7 ff.

<sup>29</sup> Vgl. GA Mazak, Schlussanträge zur Rs. C-518/07 v. 12.11.2009, N 30.

<sup>30</sup> VO 45/2001 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl. 2001 L 8, 1.



**Einfluss zu nehmen** bzw. sogar diese Entscheidungen aufzuheben oder zu ersetzen. Damit sei das Erfordernis der Unabhängigkeit jedoch gerade nicht erfüllt. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die staatliche Aufsicht nur sicherstellen soll, dass das Agieren der Kontrollstellen den geltenden rechtlichen Vorgaben entspricht und demnach nicht darauf abzielt, diese Stellen zu zwingen, politische Zielsetzungen zu verfolgen, die datenschutzrechtlichen Anliegen zuwiderlaufen. Denn es lasse sich gerade nicht ausschliessen, dass die Aufsichtsstellen mitunter nicht zu einem objektiven Vorgehen in der Lage sind, könnten sie doch in bestimmten Situationen (so z.B. wenn es um eine Kooperation von öffentlichen und privaten Stellen oder um öffentliche Aufträge geht oder wenn wirtschaftliche Interessen zur Debatte stehen) ein Interesse an der Nichteinhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben haben. Darüber hinaus reiche die **blosse Gefahr einer politischen Einflussnahme der Aufsichtsbehörden auf die Entscheidungen der Kontrollstellen** aus, um deren unabhängige Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinträchtigen. Denn die Kontrollstellen könnten in einer Art „vorausseilenden Gehorsams“ Rücksicht auf die Entscheidungspraxis der Aufsichtsstelle nehmen, ganz abgesehen davon, dass es die Rolle der Kontrollstellen als Hüter des Rechts erfordere, dass ihre Entscheidungen, also sie selbst, über jeglichen Verdacht der Parteilichkeit erhaben sind.

Schliesslich wies der EuGH einige Argumente Deutschlands zurück.<sup>31</sup>

- Der dargelegten (weiten) Auslegung der Unabhängigkeit der Kontrollstellen stehe das **Demokratieprinzip**, das auch im EU-Recht verankert sei, nicht entgegen: Denn dieses bedeute nicht, dass es ausserhalb des klassischen hierarchischen Aufbaus der Verwaltung keine öffentlichen Stellen geben könne, die von der Regierung mehr oder weniger unabhängig sind. Denn es gebe durchaus Stellen, die durch Gesetz errichtet, an dieses gebunden, aber der politischen Einflussnahme entzogen sein könnten bzw. müssten. Dies ändere im Übrigen nichts daran, dass deren Tätigkeit durch unabhängige Gerichte kontrolliert werden könne. Im Übrigen könne das Parlament durchaus Einfluss auf solche Stellen nehmen, etwa indem ihr Leitungspersonal vom Parlament oder der Regierung bestellt wird und der Gesetzgeber zudem die genauen Kompetenzen dieser Stellen zu definieren habe, ganz abgesehen davon, dass die Kontrollorgane verpflichtet werden könnten, dem Parlament Rechenschaft über ihre Tätigkeit abzulegen.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch bemerkt, dass der EuGH entgegen der Anträge des Generalanwalts entschied (vgl. Schlussanträge von GA *Jan Mazak* vom 12.11.2009 in der Rs. C-518/07), wobei dies insofern nicht wirklich überrascht, als der Generalanwalt die Frage der „abstrakten Gefährdung“ durch eine staatliche Aufsicht nicht wirklich problematisiert hatte. Gerade dieser Aspekt dürfte aber für den Gerichtshof zu Recht entscheidend gewesen sein.

<sup>32</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang aber auch die Ausführungen von *Kurt Faßbender*, Die Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie als Nagelprobe für das Demokratieprinzip deutscher Prägung, RDV 2009, 96 ff., der in Bezug auf die Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip eine andere Ansicht vertritt. S. auch die (recht harsche) Kritik an dem Urteil des Gerichtshofs bei *Hans Peter Bull*, Die „völlig unabhängige“ Aufsichtsbehörde – Zum Urteil des EuGH vom 9.3.2010 in Sachen Datenschutzaufsicht, EuZW 2010, 488 ff., der nicht nur darauf hinweist, dass der Ansatz des EuGH mit dem Demokratieprinzip (so wie es in Deutschland verstanden werde) nicht vereinbar sei, sondern auch betont, es gebe keine überzeugenden Gründe, das Unabhängigkeitserfordernis allgemein zu verstehen (also nicht nur als Unabhängigkeit gegenüber den Kontrollierten), zumal es nicht erwiesen sei, dass das deutsche System bislang unbefriedigend funktioniert habe. Im Übrigen sei kein Grund

- Weiter sei die Verankerung der Unabhängigkeit der Kontrollstellen auch von **der Rechtsgrundlage der RL 95/46 (Art. 114 AEUV, Binnenmarktkompetenz)** erfasst, denn diese Unabhängigkeit sei erforderlich, um in allen Mitgliedstaaten ein gleich hohes Niveau des Datenschutzes gewährleisten zu können, das seinerseits zur Verwirklichung des freien Datenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten erforderlich sei.
- Schliesslich sei die Verankerung eines relativ weitgehenden Erfordernisses der Unabhängigkeit der Kontrollstellen auch mit dem **Subsidiaritäts- und dem Verhältnismässigkeitsprinzip** vereinbar, sei diese Unabhängigkeit doch ein unabdingbares Element einer effektiven Kontrolle der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben.

### 3. *Synthese: die Anforderungen an die „völlige Unabhängigkeit“*

Man mag das Urteil des Gerichtshofs unterschiedlich bewerten;<sup>33</sup> allerdings führt kein Weg an dem Schluss vorbei, dass das Urteil des Gerichtshofs, ausgehend von den allgemeinen Grundsätzen des Rechtsschutzes in der EU,<sup>34</sup> das **Unabhängigkeitskriterium** des Art. 28 RL 95/46 für

---

ersichtlich, warum im Bereich des Datenschutzes solche „völlig unabhängigen“ Kontrollstellen einzurichten seien, nicht hingegen in anderen Bereichen kontrollierender Tätigkeiten (z.B. Aufsicht über Atomkraftwerke, Lebensmittelsicherheit), befänden sich die staatlichen (Aufsichts-) Behörden doch jeweils in einer ähnlichen Position, insbesondere hinsichtlich möglicher Interessenskonflikte und der Auswirkungen kontrollierender Tätigkeiten.

<sup>33</sup> Wobei das Urteil nach der hier vertretenen Ansicht insgesamt überzeugt: Insbesondere erscheint die Ableitung der dargelegten strengen Anforderungen an die Unabhängigkeit der Behörden aus den Zielsetzungen der Richtlinie und vor dem Hintergrund der Aufgaben der Kontrollstellen überzeugend. Denn die Richtlinie geht davon aus, dass es aufgrund der besonderen Charakteristika des Datenschutzes bzw. des Datenschutzrechts nicht ausreicht, dass – wie in vielen anderen Rechtsgebieten – die staatlichen Behörden beauftragt sind, die Gesetze durchzuführen und ihre Einhaltung zu kontrollieren bzw. sicherzustellen. Gerade weil zahlreiche Gefährdungen der Privatsphäre der Rechtsunterworfenen auch von staatlichen Behörden ausgehen können bzw. diese in verschiedener Hinsicht in Aktivitäten Privater involviert sein können und weil die Einzelnen aus verschiedenen Gründen bei der Wahrnehmung ihrer Rechte auf Schwierigkeiten stossen bzw. stossen können (etwa weil ihnen die Datenverarbeitung verborgen geblieben ist oder weil das „Machtgefälle“ zwischen Betroffenen und Datenverarbeitern mitunter sehr gross ist), erachtete man eine im Verhältnis zu den Gerichten zusätzliche Kontrollebene für notwendig. Soll diese nun Sinn machen, so muss sie tatsächlich völlig unabhängig sein, da man ja sonst auch (zumindest für die Kontrolle der Privaten) eine staatliche Stelle hätte vorsehen können. Stichhaltig sind auch die Erwägungen des Gerichtshofs, diese Konstruktion verstosse nicht gegen das Demokratieprinzip (das grundsätzlich verlangt, dass die Ausübung hoheitlicher Gewalt demokratisch legitimiert und kontrolliert ist): Denn einmal sind die Kontrollstellen als solche mit dem Merkmal der Unabhängigkeit ja in der Richtlinie – einem demokratisch legitimierten Rechtsakt der EU – sowie in den ebenfalls demokratisch legitimierten Umsetzungsgesetzen verankert. Sodann ändert die Unabhängigkeit der Kontrollstellen nichts daran, dass deren Amtsträger durch die demokratisch legitimierte Staatsgewalt zu bestimmen sind, und dem Parlament ist selbstredend – soweit dies in der nationalen Umsetzung vorgesehen ist – Rechenschaft über die Tätigkeit der Kontrollstellen zu geben. Vgl. diese Erwägungen schon bei *Epiney*, AJP 2010 (Fn. 26), 659 (660 ff.); s. auch die eher positive Bewertung des Urteils bei *Rudin*, digma 2010 (Fn. 26), 79 ff.; s. aber auch die sehr kritische Stellungnahme von *Bull*, EuZW 2010 (Fn. 32), 488 ff.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu, m.w.N., *Astrid Epiney*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 9. Aufl., Baden-Baden 2011, § 2 N 80, § 9 N 5.

die EU-Mitgliedstaaten<sup>35</sup> **verbindlich ausgelegt** hat und diese Auslegung daher massgeblich ist.<sup>36</sup> Inhaltlich ist hervorzuheben, dass der Gerichtshof das Merkmal der Unabhängigkeit denkbar weit bzw. streng fasst, wobei insbesondere zwei Gesichtspunkte von Bedeutung sein dürften: Zum einen wird jegliche Einflussnahme auf die Kontrollstelle von „aussen“ als Beeinträchtigung ihrer Unabhängigkeit gesehen, unabhängig davon, ob diese den zu kontrollierenden Personen bzw. Einrichtungen zuzurechnen ist oder nicht. Dies bedeutet insbesondere auch, dass die Kontrollstellen – gleichgültig, ob sie nun Private oder staatliche Stellen zu kontrollieren haben – denselben (strengen) Anforderungen an die Unabhängigkeit zu genügen haben. Zum anderen genügt die Gefahr – wobei man hier, da der Gerichtshof hervorhebt, dass die Kontrollstellen als Hüter des Rechts über „jeden Verdacht der Parteilichkeit“ erhaben sein müssten, „der Anschein“ präzisierend hinzufügen kann – einer solchen Einflussnahme, unabhängig davon, ob es zu einer solchen kommt oder gekommen ist. Letztlich müssen die Kontrollstellen damit eine **richterähnliche Unabhängigkeit** geniessen.<sup>37</sup>

Der Gerichtshof äusserte sich im Ergebnis nur (aber immerhin) zu der Frage, ob die staatliche Aufsicht über die betroffenen Kontrollstellen mit dem Unabhängigkeitserfordernis der Richtlinie vereinbar ist, war doch nur dieser Aspekt Gegenstand der Vertragsverletzungsklage der Kommission. Die Unabhängigkeit der Kontrollstellen impliziert aber selbstredend noch einige weitere Anforderungen. Für deren Präzisierung ist das Urteil aber insofern von Bedeutung, als der Gerichtshof – wie erwähnt – auch eine Reihe allgemeiner Grundsätze in Bezug auf die Ausgestaltung der Unabhängigkeit formuliert. Vor diesem Hintergrund können aus dem Urteil folgende Folgerungen für die Anforderungen an die Kontrollstellen bzw. ihre Organisation oder ihr Personal, die sich aus der RL 95/46 ableiten lassen, gezogen werden, wobei diese auch über die spezifisch in der Rs. C-518/07 angesprochene Frage hinausgehen:

- Erstens – und dies war als solches Gegenstand der Rs. C-518/07 – wird die Unabhängigkeit der Kontrollstelle zwar auch als **Tätigkeitsqualifikation** (und nicht als Organisationsmerkmal) verstanden,<sup>38</sup> so dass eine organisatorische „Einbettung“ der Kontrollstelle in die staatliche Verwaltung als solche die Unabhängigkeit nicht ausschliesst. Allerdings muss diese Einbettung so ausgestaltet sein, dass die Unabhängigkeit der Kontrollstelle gewahrt ist. Dies schliesst nicht nur eine **umfassende staatliche Aufsicht**, die sich auch auf die Zweckmässigkeit des Handelns der Kontrollstelle bezieht (so die Konstellation in der Rs. C-518/07), sondern – im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht<sup>39</sup> – auch eine auf die **Rechtmässigkeit beschränkte staatliche Aufsicht** aus. Die „Kontrolle der Kontrollstellen“ ist vielmehr – auch soweit die Rechtmässigkeit betroffen ist – nach der Konzeption der Richtlinie (vgl. insbesondere Art. 28 Abs. 3 RL 95/46, wonach gegen beschwerende Entscheidungen der Kontrollstelle der Rechtsweg eröffnet ist, so dass ihre Tätigkeiten damit

---

<sup>35</sup> Sowie im Ergebnis auch, aufgrund der Schengen-Assoziierung, für die Schweiz, hierzu noch unten D.

<sup>36</sup> Selbstredend könnte sich die Rechtslage aber durch eine Änderung der RL 95/46 in dieser Beziehung modifizieren.

<sup>37</sup> S. auch schon oben C.I.1.

<sup>38</sup> Vgl. schon oben C.I.1.

<sup>39</sup> Vgl. oben C.I.1.

der gerichtlichen Kontrolle unterliegen) allein Angelegenheit der (unabhängigen) Gerichte. Damit ist lediglich eine „verwaltungsmässige“ Kontrolle der Kontrollstelle durch staatliche Behörden möglich, so wie sie auch für die Gerichte vorgesehen ist, so dass von den Kontrollstellen lediglich Rechenschaft über ihre Tätigkeiten verlangt werden kann, in diesem Rahmen aber eine Art Dienstaufsicht möglich ist.<sup>40</sup>

Die mit dem Kriterium der Unabhängigkeit einhergehende **Abwesenheit jeglicher Einflussnahme auf die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde** bezieht sich im Übrigen nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die **Form** ihres Agierens (was etwa relevant werden kann, wenn die Behörde an die Öffentlichkeit tritt oder ihren Beratungsaufgaben nachkommt), also auch auf das „Wie“ der Tätigkeit der Aufsichtsbehörde: Denn Form und Inhalt sind häufig ein Ganzes und können nicht oder nur schwer getrennt werden, ganz abgesehen davon, dass eine Einflussnahme auf die Wahl der Form und der Mittel der Tätigkeit der Aufsichtsbehörde – immer unter der Voraussetzung, dass sie im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags und ihrer Befugnisse handelt – letztlich auch Rückwirkungen auf den Inhalt entfalten und die Effektivität der Tätigkeit der Behörde beeinflussen oder gar beeinträchtigen kann.<sup>41</sup>

- Aber auch ganz allgemein und darüber hinaus muss – folgt man dem Grundansatz des Gerichtshofs – in **institutioneller Hinsicht** zweitens sichergestellt sein, dass die Kontrollstellen **frei von jedem Einfluss** ihre Entscheidungen vorbereiten und umsetzen können.<sup>42</sup> Daher muss nicht nur jegliche Einflussnahme von aussen ausgeschlossen sein, sondern die **Wahrnehmung der personellen und finanziellen Angelegenheiten der Kontrollstelle** muss so ausgestaltet sein, dass ihre Unabhängigkeit nicht in Frage gestellt wird. Diese Anforderung entfaltet insbesondere auf drei Ebenen Rückwirkungen:

- Erstens muss die Kontrollstelle in der **Verwaltung ihrer personellen Ressourcen** grundsätzlich unabhängig sein (etwa, was Einstellungen oder Stellenprofile betrifft), was eine (grundsätzliche) Unterstellung unter das staatliche Personalrecht (etwa in Bezug auf die Zulässigkeit von Kündigungen des untergeordneten Personals) aber nicht ausschliesst, immer soweit die Unabhängigkeit der Aufgabenwahrnehmung nicht beeinträchtigt wird.<sup>43</sup> Hingegen dürfte eine eigentliche Mitarbeiterbeurteilung der Leitungsperson(en) der Kontrolle durch eine aussenstehende Stelle (etwa die Regierung) grundsätzlich mit der Gewährleistung der Unabhängigkeit in Konflikt gera-

---

<sup>40</sup> Hierzu auch *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 28 f.

<sup>41</sup> Vgl. umfassend zum Problemkreis, vor dem Hintergrund eines konkreten Problems, das sich im Kanton Freiburg gestellt hatte, *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), insbes. 55 ff.

<sup>42</sup> Ebenso *Burkert*, in: Handbuch Datenschutzrecht (Fn. 20), Kap. 2.3, B, V, N 55; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 15), Art. 28, N 5 f.; *Kübler*, Die Säulen der EU (Fn. 20), 93 f. Zu diesem Aspekt auch *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 36; *Beat Rudin*, Datenschutzgesetze – fit für Europa. Europarechtliche Anforderungen an die schweizerischen Datenschutzgesetze, Zürich 2007, 74; s. auch *Beat Rudin*, Die datenschutzrechtliche Umsetzung von Schengen in den Kantonen, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.), Schengen in der Praxis. Erfahrungen und Ausblicke, Zürich u.a. 2009, 213, 235.

<sup>43</sup> Hierzu im Einzelnen mit Bezug auf konkrete personalrechtliche Bestimmungen *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 30 ff.

- ten, da hier notwendigerweise auch die Art und Weise der Wahrnehmung der Kontrolltätigkeiten eine Rolle spielen.<sup>44</sup>
- Zweitens und damit in engem Zusammenhang stehend müssen die Kontrollstellen über eine gewisse **Budgethoheit** verfügen,<sup>45</sup> wobei dem eine Beschränkung der ihnen zur Verfügung stehenden Mittel nicht als solche entgegensteht.<sup>46</sup> Jedoch müssen der Kontrollstelle im Rahmen des vorgegebenen Budgets gewisse Handlungsspielräume – etwa über die Definition eines „Globalbudgets“ – eröffnet sein, so dass sie im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben autonom über die Verwendung der Mittel entscheiden kann. Denn der Einsatz der zur Verfügung stehenden Mittel für bestimmte Zwecke (oder eben andere Zwecke) präjudiziert die Ausrichtung der Tätigkeiten, so dass eine Budgetkontrolle durch ein staatliches Organ letztlich eine Art Zweckmässigkeitskontrolle der Aktivitäten der Kontrollstelle oder zumindest eine entsprechende Gefahr implizierte.
  - Schliesslich kann von vornherein nur dann von Unabhängigkeit gesprochen werden, wenn die Kontrollstellen über (zumindest annähernd) **angemessene Mittel** verfügen, um ihrer Kontrollaufgabe nachzukommen.<sup>47</sup> Nur durch diese Voraussetzung kann – im Sinne des *effet utile* der Errichtung der unabhängigen Kontrollstelle – gewährleistet werden, dass die Stelle ihre Aufgaben auch tatsächlich wahrnehmen kann und hierfür nicht massgeblich auf die Mitarbeit der zu kontrollierenden Stellen angewiesen ist.
  - Drittens muss die **Art und Weise der Bestellung der leitenden Organe der Kontrollstellen** so ausgestaltet sein, dass ihrer Unabhängigkeit Rechnung getragen wird. Der Gerichtshof geht hier offenbar davon aus, dass auch die Regierung allein diese Organe bestellen kann.<sup>48</sup> Zu bemerken ist aber, dass sich das Urteil ja nur auf diejenigen Kontrollorgane bezog, die für die Aufsicht über Private zuständig sind, so dass man durchaus daran zweifeln kann, ob man aus dieser Aussage auch ableiten kann, dass auch diejenigen Kontrollstellen bzw. deren leitende Organe, die für die staatlichen Behörden zuständig sind, allein von der Regierung ernannt werden dürfen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist es denn auch

---

<sup>44</sup> Ebenso *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 22, 31 f.

<sup>45</sup> Ebenso *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 12; *Rudin*, in: Schengen in der Praxis (Fn. 42), 213, 241 ff.; *Sandra Stämpfli*, Das Schengener Informationssystem und das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Bern 2009, 221 f.; *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 36; *Bertil Cottier*, La révision de la loi fédérale sur la protection des données: mieux vaut tard que jamais, Jusletter v. 17.12.2007, N 34; *Rudin/Baeriswyl*, in: Datenschutz in Europa und die Schweiz (Fn. 5), 169, 194 f.; *René Huber*, Die Teilrevision des Eidgenössischen Datenschutzgesetzes – ungenügende Pinselrenovation, recht 2006, 205, 216.

<sup>46</sup> S. insoweit auch *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 25 f.

<sup>47</sup> Ausdrücklich auch etwa *Rudin*, in: Schengen in der Praxis (Fn. 42), 213, 242 ff., der Kriterien vorschlägt, anhand derselben der grundsätzliche Finanz- bzw. Personalbedarf in den Kantonen bestimmt werden könne.

<sup>48</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-518/07 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 9.3.2010, N 44, wo der EuGH ausdrücklich formuliert, dass das Leitungspersonal der Kontrollstellen vom „Parlament oder der Regierung“ bestellt werden kann.

ernsthaften Zweifeln unterworfen, ob die Bestellung allein durch die Regierung für solche Behörden, die die öffentliche Verwaltung zu kontrollieren haben, den Anforderungen an die Unabhängigkeit Rechnung trägt: Denn die Regierung sowie die ihr unterstellte Verwaltung sind ja gerade die „Hauptadressaten“ der Kontrolltätigkeit dieser Kontrollstellen, so dass es gute Gründe dafür gibt, dass zumindest die Gefahr oder der Anschein bestehen könnte, dass die Regierung über die Wahl des leitenden Personals einen Einfluss auf die Ausübung der Kontrolltätigkeiten entfalten könnte. Vieles spricht daher dafür, dass die Unabhängigkeit der Kontrollstellen (soweit diese auch für öffentliche Stellen zuständig sind) nur dann beachtet ist, wenn das Parlament bei der Wahl der leitenden Organe zumindest entscheidungserheblich beteiligt ist.<sup>49</sup>

- Neben der Bestellung ist – viertens – in den einschlägigen rechtlichen Grundlagen sicherzustellen, dass die **leitenden Organe der Kontrollstellen** nur in genau bestimmten Ausnahmefällen (etwa bei solchen disziplinarischer Natur bzw. schwerwiegenden Amtspflichtverletzungen) **entlassen** werden können,<sup>50</sup> so dass etwa eine Anstellung durch einen regulären, beidseitig kündbaren Arbeitsvertrag nicht mit dem Unabhängigkeitserfordernis im Einklang stünde. Die Gründe für eine Entlassung sind gesetzlich festzulegen, und die Entlassung muss gerichtlich angefochten werden können.<sup>51</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht sollte dieser Grundsatz grundsätzlich auch für die **Erneuerung des Mandats** gelten.<sup>52</sup> Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass sich die Leitungsorgane der Kontrollstellen ansons-

---

<sup>49</sup> Ebenso *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 11; *Huber*, recht 2006 (Fn. 45), 206, 220 f.; *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 38; *Rudin/Stämpfli*, in: Schengen und Dublin in der Praxis (Fn. 24), 197, 222 f.; s. auch schon *Epiney*, SJZ 2006 (Fn. 5), 121 (126); etwas relativierend jedoch (noch) *Rudin/Baeriswyl*, in: Datenschutz in Europa und die Schweiz (Fn. 5), 169, 193 f.; *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht vor europa- und völkerrechtlichen Herausforderungen (Fn. 9), 278. Ausdrücklich a.A. *Brunner*, in: Die Revision des Datenschutzgesetzes (Fn. 5), 139 (144 f.). Die jüngste Revision des Datenschutzgesetzes (am 1.12.2010 in Kraft getreten) stärkte denn auch, auch und gerade vor dem Hintergrund der Evaluation der datenschutzrechtlichen Regelungen in der Schweiz durch die EU (vgl. hierzu die Hinweise bei *Rudin/Stämpfli*, in: Schengen und Dublin in der Praxis (Fn. 24), 197, 213, 201; *Epiney/Schleiss*, in: Datenschutzrecht (Fn. 6), § 4 N 279), die institutionellen Garantien der Unabhängigkeit des EDÖB, insbesondere soweit die Wahl und die Stellung des Beauftragten betroffen ist: Nach den neuen Art. 26, 26a, 26b und 30 DSG ist die Wahl des Beauftragten durch den Bundesrat einer Genehmigung des Parlaments unterworfen, wobei die Wiederwahl jedoch keiner solchen Genehmigung bedarf. In Art. 26 Abs. 3 DSG wird die Unabhängigkeit des Beauftragten klarer formuliert, und in Art. 26 Abs. 4 DSG wird klargestellt, dass der Beauftragte „sein“ Personal anstellt.

<sup>50</sup> Ebenso *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 11; *Rudin/Baeriswyl*, in: Datenschutz in Europa und die Schweiz (Fn. 5), 169, 194; *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 35; *Rudin*, Datenschutzgesetze (Fn. 42), 74.

<sup>51</sup> *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 36; *Rudin/Stämpfli*, in: Schengen und Dublin in der Praxis (Fn. 24), 197, 223; *Rudin*, Datenschutzgesetze (Fn. 42), 74; s. auch *Rudin*, in: Schengen in der Praxis (Fn. 42), 213, 235.

<sup>52</sup> Ebenso *Rudin*, digma 2010 (Fn. 26), 79, 81; *Rudin/Stämpfli*, in: Schengen und Dublin in der Praxis (Fn. 24), 197, 223; *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 11, 23 f.; in diese Richtung auch schon *Rudin/Baeriswyl*, in: Datenschutz in Europa und die Schweiz (Fn. 5), 169, 194.

ten bei der Art und Weise der Ausübung ihrer Kontrolltätigkeit von der Aussicht auf Wiederwahl (oder eben der Gefahr, nicht wieder gewählt zu werden) beeinflussen lassen. Eine Gefahr der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit genügt aber nach dem Urteil des Gerichtshofs in der Rs. C-518/07, damit eine Regelung dieser Anforderung nicht Rechnung trägt. Diese Grundsätze gelten jedenfalls bei relativ kurzen Mandaten – wie z.B. den durchaus üblichen Vierjahresperioden. Denkbar wäre es aber auch, durch eine Verlängerung des Mandats (etwa auf 12 Jahre) der Vorgabe der Unabhängigkeit Rechnung zu tragen. Vor diesem Hintergrund ist gesetzlich zu verankern, dass eine Nichtwiederwahl zumindest nicht ohne erheblichen Grund erfolgt, wobei diese Gründe wohl ausdrücklich in der jeweiligen gesetzlichen Grundlage aufgeführt werden müssten.<sup>53</sup>

- Schliesslich müssen **Interessenskonflikte der Kontrollstelle** – etwa aufgrund anderer Aufgaben – ausgeschlossen sein. Vor diesem Hintergrund wird eine Kontrollstelle in der Regel nur dann die Voraussetzung der Unabhängigkeit erfüllen, wenn sie neben den Aufgaben als Kontrollstelle für Datenschutz keine weiteren Aufgaben (z.B. im Zusammenhang mit der Überwachung eines Gewerbes oder der Überwachung bestimmter Behörden) wahrnimmt, die in irgendeiner Form mit der Rolle als Aufsichtsbehörde in Verbindung stehen.<sup>54</sup> In diesem Sinn ist auch in Bezug auf das Personal der Kontrollstelle – insbesondere das leitende Personal – sicherzustellen, dass dieses nicht andere Mandate wahrnimmt, die seine Unabhängigkeit beeinträchtigen könnten. Hingegen dürfte es zu weit gehen, die Anstellung von Personen mit einem Teilzeitpensum, die noch andere Tätigkeiten ausüben, grundsätzlich (jedenfalls soweit das leitende Personal betroffen ist) als mit der Unabhängigkeit unvereinbar anzusehen.<sup>55</sup> Denn entscheidend muss das Vorliegen eines konkreten Interessenskonflikts sein, der nicht schon bei jeder anderen Tätigkeit angenommen werden kann, sondern nur bei solchen Tätigkeiten, die mit dem Amt in Konflikt geraten bzw. zu Interessenskonflikten führen könnten. Dies impliziert aber auch, dass ausreichende Vorkehrungen zu treffen sind, damit derartige (konkrete) Interessenskonflikte vermieden werden können, was etwa durch Anzeige- und Genehmigungserfordernisse sichergestellt werden kann.<sup>56</sup>

## II. Befugnisse

---

<sup>53</sup> Nicht ganz klar in dieser Hinsicht *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 23 f., die darauf hinweist, dass es der „ständigen Praxis“ entspreche, dass bei einer Nichtwiederwahl jedenfalls ein Kündigungsgrund gegeben sein müsse.

<sup>54</sup> Ebenso *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 12; s. auch *Rudin/Baeriswyl*, in: *Datenschutz in Europa und die Schweiz* (Fn. 5), 169, 194 f.

<sup>55</sup> In diese Richtung *Häner*, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (Fn. 14), 12, die diese Situation als „heikel“ bezeichnet. S. auch *Waldmann/Spielmann*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht (Fn. 8), 35, die formulieren ein Mitglied einer Aufsichtsbehörde „soll während seiner Amtszeit keinen anderen Beschäftigungen nachgehen“.

<sup>56</sup> In diese Richtung auch *Rudin/Baeriswyl*, in: *Datenschutz in Europa und die Schweiz* (Fn. 5), 169, 195.

Die Befugnisse der Kontrollstellen sind in Art. 28 Abs. 2 und 3 RL 95/46/EG erwähnt bzw. aufgeführt. Danach ist ihnen jedenfalls die Möglichkeit einzuräumen, zu gesetzgeberischen Entwürfen mit datenschutzrechtlicher Relevanz Stellungnahmen abzugeben (Art. 28 Abs. 2 RL 95/46/EG).

Darüber hinaus ist Art. 28 RL 95/46/EG keine allgemeine Umschreibung der ihnen einzuräumenden Befugnisse zu entnehmen; Art. 28 Abs. 1 RL 95/46/EG erwähnt aber immerhin, dass die Kontrollstellen die „Anwendung der von den Mitgliedstaaten zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften in ihrem Hoheitsgebiet zu überwachen“ haben. Man wird hieraus allgemein ableiten können, dass die Kontrollstellen mit Bezug auf die Wahrnehmung der Kontrollbefugnisse mit den zur **Erfüllung dieser Aufgaben notwendigen Befugnissen** auszustatten sind. Art. 28 Abs. 3 RL 95/46 führt nicht abschliessend diejenigen Befugnisse auf, die den Kontrollstellen jedenfalls zustehen müssen:

- Erstens müssen sie über **Untersuchungsbefugnisse** verfügen (Art. 28 Abs. 3 erster Spiegelstrich), wobei diese Befugnisse im Einzelnen so auszugestalten sind, dass die Kontrollstellen alle für die Erfüllung ihres Auftrags erforderlichen Informationen einholen können müssen. Damit müssen den Kontrollstellen also umfassende Zugangs- und Untersuchungsbefugnisse eingeräumt werden, und ihnen muss die Kompetenz zukommen, letztlich alle Daten, die Gegenstand von Verarbeitungen sind, sowie die Verarbeitungsvorgänge einzusehen, dies jederzeit, nicht nur bei Vorliegen besonderer Verdachtsmomente oder Anlässe. Materiell müssen sich diese Befugnisse auf die Untersuchungen erstrecken können, die für die Wahrnehmung der Kontrollaufgaben notwendig sind. Diese Zuständigkeiten implizieren auch, dass den Kontrollstellen keine Amts- oder Berufsgeheimnisse entgegengesetzt werden können.<sup>57</sup>
- Zweitens müssen den Kontrollstellen „**wirksame Einwirkungsbefugnisse**“ eingeräumt werden, wobei Art. 28 Abs. 3 zweiter Spiegelstrich RL 95/46 u.a. die Befugnis erwähnt, gewisse verbindliche Anordnungen zu treffen. Allerdings werden diese nur „beispielsweise“ aufgeführt. Hieraus kann man sicherlich ableiten, dass die Mitgliedstaaten nicht zwingend alle genannten Einwirkungsbefugnisse kumulativ vorsehen müssen. Jedenfalls aber müssen die Einwirkungsbefugnisse wirksam sein, m.a.W. die effektive Beachtung der datenschutzrechtlichen Vorgaben auf der jeweiligen Ebene sicherstellen können. Dies dürfte in Bezug auf die (Nicht-) Beachtung bestehender gesetzlicher Vorgaben implizieren, dass jedenfalls bei Privaten eine direkte Anordnungsbefugnis vorzusehen ist, ist doch nicht ersichtlich, wie sie sonst gezwungen werden könnten, die „Empfehlungen“ der Kontrollstelle zu befolgen. Aber auch gegenüber Stellen der öffentlichen Verwaltung dürfte in aller Regel nur eine Anordnungsbefugnis – ggf. indirekter Natur, indem „weiche“ Einwirkungen vorzuschalten sind – gewährleisten, dass die (mögliche) Verletzung datenschutzrechtlicher Grundsätze tatsächlich durchgesetzt werden kann.<sup>58</sup> Es ist nämlich nicht ersichtlich, auf

---

<sup>57</sup> Umgekehrt sind aber auch die Mitglieder und Bediensteten der Kontrollstellen dem Berufsgeheimnis umfassend (also auch nach Ausscheiden aus dem Dienst) unterworfen (Art. 28 Abs. 7 RL 95/46).

<sup>58</sup> I. Erg. wie hier *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 15), Art. 28, N 9; *Schild*, DuD 2010 (Fn. 24), 549, 552. Unklar *Brühmann*, in: Handbuch Datenschutzrecht (Fn. 17), Kap. 2.4, N 45, der (lediglich) betont, dass die Eingriffsbefugnisse wirksam sein müssen.



welche Weise ansonsten die Wirksamkeit der Einwirkungsbefugnisse – die ja jedenfalls zu gewährleisten ist – sichergestellt werden soll: Zwar können auch parlamentarische Kontrollfunktionen der Verwaltung durchaus Wirkung entfalten; gleiches gilt für die Wirkung von Presseberichten o.ä.<sup>59</sup> Es ist aber nicht zu verkennen, dass solche „Kontrollmechanismen“ häufig eher zufällig greifen und die „Funktionslogik“ hier eine andere ist als im Rahmen einer Kontrollstelle, die ohne Anlass sicherzustellen hat, dass die datenschutzrechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Vor diesem Hintergrund impliziert nach der hier vertretenen Ansicht das Erfordernis der Wirksamkeit der Einwirkungsbefugnisse eine umfassende Anordnungsbefugnis im Hinblick auf den Umgang mit Daten bzw. deren Verarbeitung.

- Schliesslich ist der Kontrollstelle ein **Klagerecht** oder eine „**Anzeigebefugnis**“ bei Verstössen gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung der RL 95/46 einzuräumen. Die genaue Bedeutung dieser Anzeigebefugnis bleibt etwas im Dunkeln; der Gegensatz zur Klage dürfte es aber nahe legen, hierunter nur eine Art Informationsbefugnis der (Straf-) Gerichte zu verstehen, denen eine Pflicht zukommt, der Anzeige nachzugehen, wobei die Verfahrensherrschaft aber bei ihnen liegen dürfte.<sup>60</sup> Im Gegensatz dazu liegt die Verfahrensherrschaft bei einer Klagebefugnis bei der Kontrollbehörde, die damit eine gerichtliche Entscheidung „erzwingen“ kann.

### III. Sonstige Aspekte

Entscheidungen der Kontrollstellen müssen **gerichtlich überprüfbar** sein (Art. 28 Abs. 3 S. 2 RL 95/46). Kontrollstellen müssen die Personen, die eine Eingabe gemacht haben, über das Schicksal dieser Eingabe unterrichten (Art. 28 Abs. 4 RL 95/46) und mit anderen Kontrollstellen kooperieren (Art. 28 Abs. 6 RL 95/46). Regelmässig muss zudem ein Tätigkeitsbericht erstellt und veröffentlicht werden (Art. 28 Abs. 5 RL 95/46).

Von besonderer Bedeutung dürfte hier das in Art. 28 Abs. 4 RL 95/46/EG verankerte Recht jeder **Person** sowie jedes **Einzelpersonen vertretenden Verbandes** (womit also eine Art „Verbandseingaberecht“ vorgesehen wird),<sup>61</sup> sich mit einer **Eingabe** an die Kontrollstelle zu wenden, dies im Hinblick auf den Schutz der die Person betreffenden Rechte und Freiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, sein. Mit der Eingabe kann insbesondere die Überprüfung der Rechtmässigkeit einer Datenverarbeitung verlangt werden. Die Kontrollstellen müssen die

---

<sup>59</sup> Vgl. die entsprechenden Hinweise bei *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 15), Art. 28, N 10, die darauf hinweisen, dass bei öffentlichen Stellen eine Beachtung datenschutzrechtlicher Vorschriften etwa von Verwarnungen aufgrund des öffentlichen Drucks sowie durch parlamentarische Kontrollfunktionen gewährleistet werden könne. Sie wollen daraus ableiten, dass gegenüber öffentlichen Stellen nicht zwingend eine Anordnungsbefugnis vorzusehen ist.

<sup>60</sup> Ebenso *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 15), Art. 28, N 11.

<sup>61</sup> Wobei der Verband nur nachweisen muss, dass er die betroffene Person (es kann nur die Verletzung eigener Rechte geltend gemacht werden) vertritt; grundsätzlich ist keine auf den Einzelfall bezogene Vollmacht notwendig (ebenso *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 15), Art. 28, N 14), da die Verbände ansonsten nur unter sehr erschwerten Umständen tätig werden könnten.

Personen, die eine Eingabe gemacht haben, über das Schicksal dieser Eingabe bzw. darüber, dass eine Überprüfung stattgefunden hat, unterrichten. Man wird aus dieser Bestimmung eine **Pflicht der Kontrollstelle** ableiten können, die **Eingaben ordnungsgemäss zu behandeln** und den darin enthaltenen Anträgen grundsätzlich – eine Ausnahme könnte allenfalls bei nachgewiesenen rechtsmissbräuchlichen Anträgen in Frage kommen<sup>62</sup> – nachzugehen. Die Bestimmung räumt der betroffenen Person jedoch **kein Recht auf eine bestimmte Intervention der Kontrollstelle** ein; deren Reaktion steht vielmehr grundsätzlich in ihrem pflichtgemässen Ermessen, wobei der betroffenen Person jedoch – so sie der Ansicht ist, dass ihren Anliegen nicht entsprochen worden sei – der Rechtsweg nach Art. 22 RL 95/46/EG offen steht.

#### **D. Zu den Implikationen der RL 95/46 und der Rechtsprechung des EuGH für die Schweiz**

Die Schweiz hat sich im Rahmen der **Schengen-Assoziierung**<sup>63</sup> – die Teil der 2004 unterzeichneten „Bilateralen II“ ist – u.a. verpflichtet, die RL 95/46 zu beachten (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Anhang B Schengen-Assoziierung). Unabhängig davon, welche rechtliche Tragweite dieser Verpflichtung genau beizumessen ist (insbesondere, ob und inwieweit die RL 95/46 auch in Bereichen, die nicht in den Anwendungsbereich der Schengen-Assoziierung fallen, zu beachten ist),<sup>64</sup> impliziert sie nach soweit ersichtlich einhelliger Auffassung, dass die **Datenschutzbehörden von Bund und Kantonen dem in Art. 28 RL 95/46 vorgesehenen Unabhängigkeitserfordernis der datenschutzrechtlichen Kontrollstellen genügen** müssen.<sup>65</sup>

Das Abkommen über die Schengen-Assoziierung (SAA) enthält zwar keine ausdrückliche Pflicht der Schweiz zur Beachtung von **Urteilen des EuGH**, die sich auf die Auslegung von unionsrechtlichen Begriffen oder EU-Rechtsakten beziehen, die Eingang in das Abkommen gefunden haben.<sup>66</sup> Dies gilt sowohl für vor der Unterzeichnung als auch für nach der Unterzeichnung erlassene Urteile. Vor diesem Hintergrund und angesichts des Umstandes, dass völkerrechtliche Abkommen grundsätzlich „autonom“ von den jeweiligen Vertragsparteien umzusetzen und anzuwenden sind, könnte man auf den ersten Blick geneigt sein zu schliessen, dass zwar grundsätzlich eine Anknüpfung an den unionsrechtlichen Besitzstand durch die „Übernahme“ der einschlägigen EU-Rechtsakte (u.a. die RL 95/46) erfolgen sollte, so dass in den Fäl-

---

<sup>62</sup> Wobei der Antragsteller aber auch hier über das Schicksal der Eingabe zu orientieren wäre.

<sup>63</sup> Vgl. Fn. 3.

<sup>64</sup> Vgl. die Bemerkungen und Nachweise in Fn. 5.

<sup>65</sup> Vgl., m.w.N., *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 9), 266 f., 307; *Rudin/Baeriswyl*, in: *Datenschutz in Europa und die Schweiz* (Fn. 5), 169, 184 ff.

<sup>66</sup> Dies im Gegensatz zum Personenfreizügigkeitsabkommen (Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl 2002 L 114, 6), das in Art. 16 Abs. 2 eine Pflicht der Schweiz zur Beachtung der vor der Unterzeichnung erlassenen Urteile des EuGH, die sich auf unionsrechtliche Begriffe, die in das Abkommen „übernommen“ wurden, beziehen, enthält.

len, in denen ein EU-Rechtsakt „klare“ Regelungen enthält, diese im Rahmen der Schengen-Assoziierung ebenso wie im Rahmen des EU-Rechts auszulegen sind. Falls die Auslegung bestimmter unionsrechtlicher Vorgaben aber streitig ist bzw. war bzw. eine Rechtsfrage erst nach der Unterzeichnung des Abkommens durch den EuGH entschieden wurde, könnte es der erwähnte „klassische“ völkerrechtliche Ansatz aber nahe legen, dass die Schweiz weder an eine bestimmte Auslegung des EU-Rechts noch an neue Urteile des EuGH gebunden wäre.

Dieser Ansatz greift aber wohl zu kurz, dürften doch die für die Auslegung der Schengen-Assoziierung massgeblichen Grundsätze nicht hinreichend berücksichtigt werden: Die Schengen-Assoziierung unterliegt als **völkerrechtliches Abkommen** den einschlägigen völkerrechtlichen Auslegungsregeln, die in Art. 31 ff. der **Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)**<sup>67</sup> niedergelegt sind und darüber hinaus Völkergewohnheitsrecht formulieren.<sup>68</sup> Nach der Grundregel des Art. 31 WVK ist ein Vertrag „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen“. Die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge sind damit Treu und Glauben, Wortlaut, systematischer Zusammenhang oder Kontext (s. auch Art. 31 Abs. 2, 3 WVK) sowie Gegenstand und Zweck des Vertrages; daneben ist ggf. die nachfolgende Praxis der Parteien einzubeziehen, während die Entstehungsgeschichte keinen primären Anknüpfungspunkt bildet (Art. 32 WVK). Diese Grundsätze – deren Bedeutungsgehalt hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden kann – sind somit recht abstrakt und allgemein formuliert; insbesondere können die verschiedenen, nicht in einer strengen hierarchischen Reihenfolge stehenden Auslegungsmethoden in verschiedener Weise kombiniert und gewichtet werden, womit den Besonderheiten des jeweils auszulegenden völkerrechtlichen Vertrages Rechnung getragen werden kann. Insofern dürften sie eine hohe Flexibilität aufweisen, so dass für die Auslegung eines Vertrages letztlich seinen Spezifitäten eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommen dürfte.

Versucht man vor diesem Hintergrund die für die **Auslegung der Schengen-Assoziierung** in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit die in dieses Abkommen „integrierten“ unionsrechtlichen Begriffe bzw. EU-Rechtsakte parallel auszulegen sind wie im Rahmen des EU-Rechts und ob es sich hier um eine „dynamische Parallelität“ in dem Sinn handelt, dass zumindest Urteile des EuGH – auch soweit sie nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind – zu berücksichtigen sind, massgeblichen Charakteristika des Abkommens zu umreissen, so erscheinen folgende Aspekte zentral:<sup>69</sup>

- Schon in der Präambel wird darauf hingewiesen, dass der **Schengen-Besitzstand zwischen den Vertragsparteien möglichst gleichzeitig zur Anwendung gelangt**. Eine solche gleichzeitige Anwendung – die mit dem ordnungsgemässen Funktionieren des Schengen-

---

<sup>67</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

<sup>68</sup> Vgl. nur *Wolfgang Graf Vitzthum*, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl., Berlin 2010, 56 f.

<sup>69</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang ausführlich zur institutionellen Ausgestaltung der Schengen-Assoziierung *Astrid Epiney/Annekathrin Meier/Andrea Egbuna-Joss*, Schengen / Dublin, in: Daniel Thürrer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*. Handbuch, 2007, 903, 916 ff.

Besitzstands begründet wird – ist aber wohl nur dann sinnvoll, wenn auch die Auslegung parallel ausgestaltet ist.

- Art. 1, 2 SAA lassen erkennen, dass es um eine eigentliche „**Einbindung**“ der Schweiz in den **Schengen-Besitzstand** geht, wird doch davon gesprochen, dass die Schweiz an die in den Anhängen A Und B SAA genannten Bestimmungen „assoziiert“ wird und dass die in diesen Anhängen enthaltenen Bestimmungen bzw. Rechtsakte, die für die EU-Mitgliedstaaten gelten, von der Schweiz umgesetzt und angewandt werden.
- Im Gegensatz zu den meisten anderen Bilateralen Abkommen der Schweiz mit der EU geht die Schengen-Assoziierung davon aus, dass die Schweiz nicht nur den zum Zeitpunkt der Unterzeichnung bestehenden, im Abkommen definierten unionsrechtlichen Besitzstand zu übernehmen hat, sondern auch dessen **Weiterentwicklung** (Art. 2 Schengen-Assoziierung), wird das Abkommen doch im Falle der Nichtübernahme grundsätzlich beendet (Art. 10 Schengen-Assoziierung).
- Art. 10 i.V.m. Art. 9 Schengen-Assoziierung sieht – vor dem Hintergrund der Zielsetzung einer auch dauerhaft **einheitlichen Auslegung und Anwendung des Schengen-Acquis** in der EU und in der Schweiz (vgl. auch die Formulierung in Art. 8 Abs. 1 Schengen-Assoziierung) sowie angesichts der grundsätzlichen Übernahmepflicht auch des zukünftigen *Acquis* folgerichtig – vor, dass im Falle einer wesentlichen Abweichung der Rechtsprechung oder der Auslegung des Schengen-Acquis in der Schweiz von der Rechtsprechung oder Praxis in der Europäischen Union der Beendigungsmechanismus eingeleitet wird.

Insgesamt lassen diese Ansätze erkennen, dass das Ziel der Schengen-Assoziierung gerade darin besteht, die Schweiz in den einschlägigen unionsrechtlichen Besitzstand – nämlich den Schengen-Besitzstand – einzubinden. Weiter geht das Abkommen offenbar davon aus, dass eine **parallele Auslegung und Anwendung dieses Besitzstandes für das Funktionieren der Assoziierung** zentral ist. Diese Zielsetzungen können aber nur unter der Voraussetzung einer parallelen Auslegung der relevanten Abkommensteile mit den einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben erreicht werden, wäre ansonsten doch ein „Auseinanderklaffen“ der Rechtslage in der EU einerseits und in der Schweiz andererseits zu gewärtigen, was das Abkommen gerade ausschliessen will. Dieser Grundsatz der parallelen Auslegung impliziert auch, dass der einschlägigen **Rechtsprechung des EuGH** Rechnung getragen wird, da sich die Auslegung des Unionsrechts in aller Regel letztlich erst durch eine Berücksichtigung seiner Rechtsprechung erschliesst, zumal der EuGH für die letztverbindliche Auslegung des Unionsrechts zuständig ist (Art. 19 Abs. 1 EUV). Vor diesem Hintergrund dürfte der Umstand, dass das Abkommen keine Pflicht zur Beachtung der Rechtsprechung des EuGH enthält, nichts daran ändern, dass diese gleichwohl im Rahmen der Auslegung des relevanten Besitzstands massgeblich ist. Dieser Grundsatz der Parallelität der Auslegung abkommensrechtlicher Vorgaben mit den entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen dürfte auch soweit zum Zuge kommen, wie es um die **Weiterentwicklung der Auslegung** geht, insbesondere durch die **Rechtsprechung des EuGH**: Besteht das Ziel des Abkommens nämlich in der Sicherstellung einer parallelen Rechtslage und in der Einbindung der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand (unter Einschluss von dessen Weiterentwicklung), so kann dieses Ziel nur unter der Voraussetzung erreicht werden, dass die parallele Auslegung auch für entsprechende Entwicklungen zum Zuge kommt.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die Schweiz vollumfänglich an die in diesem Beitrag erörterten Vorgaben an die Unabhängigkeit der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden gebunden ist und insbesondere auch das erwähnte **Urteil des EuGH in der Rs. C-518/07 zu beachten** hat.

## E. Schlussbemerkung

Die Frage, ob und ggf. inwieweit insbesondere auf kantonaler Ebene die Vorgaben der RL 95/46 an die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden beachtet werden, kann im Rahmen dieses Beitrags nicht beantwortet werden, zumal sie die Berücksichtigung der Rechtslage in 26 Kantonen implizierte. Es würde sich aber zweifellos lohnen, in den verschiedenen Kantonen die Ausgestaltung der Rechtsstellung der Aufsichtsbehörden an den dargelegten Anforderungen zu messen, wobei die Schlussfolgerungen in Bezug auf die (Un-) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der RL 95/46 durchaus in Bezug auf einzelne Regelungen divergieren können; jedenfalls stellt eine Untersuchung aus dem Jahr 2009 doch beachtliche Defizite in einigen Kantonen fest.<sup>70</sup>

Im Falle von Divergenzen über die Vereinbarkeit gewisser Aspekte der Stellung und Bestellung der datenschutzrechtlichen Aufsichtsorgane mit den Vorgaben der RL 95/46 ist ein Zugang zum EuGH für „Schweizer Fälle“ jedoch nicht eröffnet: Schweizerische Gerichte haben kein Recht, Vorabentscheidungsersuchen zu formulieren, und auch Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien können nicht auf gerichtlichem Weg beigelegt werden. Dieser Aspekt führt zu Defiziten beim Rechtsschutz und der Rechtssicherheit, der auch im Rahmen anderer Bilateralen Abkommen zu gewärtigen ist und nach der hier vertretenen Ansicht einer der Hauptnachteile (neben institutionellen Fragen in Bezug auf die Beteiligung der Schweiz am Rechtsetzungsverfahren) des „Bilateralen Weges“ ist. Diese Defizite akzentuieren sich mit der Ausweitung des materiellen Anwendungsbereichs der Bilateralen Abkommen, die grundsätzlich für wichtige Bereiche (Stichworte sind hier Gesundheit und Produktsicherheit, Elektrizität oder Chemikalienrecht) ins Auge gefasst wird. Auch vor diesem Hintergrund sollte man sich daher einer Diskussion über die Vor- und Nachteile des Bilateralen Weges im Vergleich zu einem EU-Beitritt nicht verschliessen.

---

<sup>70</sup> Vgl. *Rudin*, in: Schengen in der Praxis (Fn. 42), 213, 224 ff.