

**Stellungnahme**  
**der Bundesrechtsanwaltskammer**  
zu  
**der Frage der Bestellung eines Beauftragten für Datenschutz**  
**in Rechtsanwaltskanzleien**

erarbeitet durch den  
**Ausschuss Datenschutzrecht**  
**der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

RA Dr. Giselher **Rüpke**, Vorsitzender  
RA Prof. Dr. Armin **Herb**  
RA Dr. Hans **Klees**  
RA Stephan **Kopp**  
RAin Friederike **Lummel**, BRAK Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz  
Justizminister/Senatoren der Länder  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Patentanwaltskammer  
Bundesverband der Freien Berufe  
Deutscher Anwaltverein

---

September 2004  
BRAK-Stellungnahme-Nr. 31/2004

### **Feststellungen:**

1. Rechtsanwälte sind bezüglich ihrer **mandatsbezogenen Informationsverarbeitung** nicht verpflichtet, einen Beauftragten für Datenschutz zu bestellen. Die §§ 4 f, 4 g Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) – inhaltlich fast unverändert seit der ursprünglichen Fassung von 1977 – sind gegenüber dem Berufsrecht, welches einen Beauftragten für Datenschutz nicht vorsieht, subsidiär. Dies entspricht dem nach der BRAO durch Unabhängigkeit, Interessenvertretung und Verschwiegenheit geprägten Berufsbild des Anwalts.
2. Aus aktuellem Anlass ist insbesondere eine Klarstellung bezüglich der Unzulässigkeit der Bestellung eines **externen** Datenschutzbeauftragten angezeigt. Zwar eröffnet das BDSG die Möglichkeit, auch eine „Person außerhalb der verantwortlichen Stelle“ auszuwählen. Doch nach geltendem Berufsrecht würde sich daraus ein nicht auflösbarer Konflikt mit dem Berufsgeheimnis ergeben; § 43 a Abs. 2 BRAO, § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB wären verletzt. Die sich in jüngerer Zeit in Werbeschriften häufenden Angebote von Dienstleistungsunternehmen, die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten bei Freiberuflern zu übernehmen, dürfen deshalb von Rechtsanwälten nicht angenommen werden. Aus dem gleichen Grunde ist auch die Wahrnehmung dieser Aufgaben in der Anwaltskanzlei durch einen externen Rechtsanwalt unzulässig; § 43 a Abs. 2 BRAO und § 203 StGB differenzieren insoweit nicht (vgl. im Umkehrschluss § 49 b Abs. 4 BRAO).
3. Zu beachten ist jedoch, dass die **Verarbeitung von Personaldaten der Kanzlei** anders zu beurteilen ist. Insoweit gelten die Grundsätze des allgemeinen Datenschutzrechts. Danach ist ein auf diesen Verarbeitungsbereich beschränkter Beauftragter für Datenschutz in der Rechtsanwaltskanzlei zu bestellen, wenn die Voraussetzungen von § 4 f BDSG vorliegen, d. h. insbesondere wenn in diesem Bereich mehr als vier Arbeitnehmer mit EDV-bezogener Verarbeitung zu tun haben.

## **Begründung:**

### 1. Subsidiarität des BDSG

- a) Die eingangs genannten Vorschriften des BDSG zum Datenschutzbeauftragten (DSB) sind im Verhältnis zum anwaltlichen Berufsrecht (insbes. der BRAO) subsidiär. Denn dieses umfasst seinerseits ein relativ dichtes Netz informationsrechtlicher Bestimmungen, die an den Bedürfnissen und besonderen Verantwortlichkeiten anwaltlicher Tätigkeit ausgerichtet sind. Das BDSG als das allgemeinere Regelwerk enthält demgegenüber keine den spezifischen Bedingungen des Anwaltsberufs entsprechende Gestaltung.
- b) Zu bedenken ist dabei, dass BRAO und BDSG nicht etwa aufeinander abgestimmte Normkomplexe sind, die einander ohne weiteres ergänzen würden. Sie entstammen unterschiedlichen Gesetzgebungsepochen, und unterschiedliche Strukturprinzipien stoßen aufeinander. Dies ist der Grund dafür, dass das in § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG niedergelegte Subsidiaritätsprinzip vorliegend nicht nach dem geläufigen Muster angewandt werden darf, wonach die generelle Norm des BDSG ohne weiteres Platz greift, wenn das bereichsspezifische Gesetz (hier die BRAO) eine den Sachverhalt unmittelbar erfassende, „deckungsgleiche“ Regelung nicht enthält.

Mit einer rechtsähnlichen Situation hatte sich das *BAG* in seinem Beschluss vom 11.11.1997 - 1 ABR 21/97 – (NJW 1998, 2466 ff.) auseinandersetzen. Dort ging es um das Verhältnis zwischen Betriebsverfassungsgesetz und BDSG, und zwar im Zusammenhang der Frage etwaiger Kontrollbefugnisse des DSB gegenüber dem Betriebsrat. Um einen „wertungswidersprüchlichen Eingriff in ein Strukturprinzip des Betriebsverfassungsgesetz“ zu vermeiden, sei eine Lückenhaftigkeit der ansonsten vorgesehenen Kompetenz des DSB zu akzeptieren. – Diese vom Gericht unter Bezugnahme auf § 1 Abs. 3 BDSG vorgenommene Bewertung stimmt mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz zur Spezialität/Subsidiarität bei sich überschneidenden Regelungskomplexen überein, wonach die am Normzweck orientierte Betrachtungsweise ausschlaggebend ist.

## 2. Anwaltliche Grundsätze des Umgangs mit Information

- a) Die mandatsbezogene – und überwiegend personenbezogene – Datenverarbeitung des Rechtsanwalts ist durch die ihm aufgetragene Interessenvertretung gekennzeichnet. Diese macht einen entsprechend gesteuerten Informationsumgang erforderlich, welcher, allgemein eingegrenzt durch Sachlichkeitsgebot und Wahrheitspflicht, in besonderer Weise durch die Wahrung des Berufsgeheimnisses geprägt wird. Letzteres bleibt, soviel ist im BDSG ausdrücklich festgelegt, vom Datenschutzrecht „unberührt“ (vgl. § 1 Abs. 3 S. 2).
- b) Dabei unterscheidet sich das Berufsgeheimnis (§ 43 a Abs. 2 BRAO, § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB, § 2 BORA) in seiner Struktur wesentlich vom Schutz des „Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“ derjenigen Personen, die durch die gespeicherten/verarbeiteten Daten von deren Inhalt her betroffen sind (§§ 3 Abs. 1, 1 Abs. 1 BDSG). Schon im Ausgangspunkt räumt das Berufsrecht dem Mandanten als Geheimnisherrn eine viel gewichtigere Stellung ein als Dritten, auf deren Person sich vom Anwalt verarbeitete Daten (auch) beziehen. So können Rechte auf Benachrichtigung und Auskunft i. S. d. §§ 33, 34 BDSG über vom Rechtsanwalt gespeicherte Daten von Dritten nicht geltend gemacht werden.
- c) Die Tätigkeit des Anwalts wird insgesamt wesentlich geformt durch den fachorientierten Umgang mit Daten. Deren Verarbeitung hat für ihn nicht nur Unterstützungsfunktion. Anders als in den meisten beruflich-gewerblichen Bereichen ist für den Rechtsanwalt die (argumentative) Verarbeitung von Informationen als solches gestalterisches Produkt zur unabhängigen Berufsausübung als Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Es besteht demzufolge ein enger Zusammenhang zwischen der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und seiner – verfassungsrechtlich in Art. 5 GG geregelten – Freiheit der Rede und Meinungsäußerung.

## 3. Konkrete Konfliktpunkte

- a) Die Bestellung eines externen DSB (§ 4 f Abs. 2 S. 2 BDSG), der (auch) die vom Rechtsanwalt verarbeiteten Informationsinhalte auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen hätte (§ 4 g Abs. 1 S. 1 BDSG), ist offenkundig mit der Geheimniswahrung nicht vereinbar, es sei denn, die – freiwilli-

ge – Zustimmung des Mandanten hierzu würde vom Rechtsanwalt eingeholt.

- b) Das gleiche gilt für die Bestellung eines angestellten Anwalts als internen DSB, sofern das Mandat dem die Angelegenheit bearbeitenden Anwalt/Sozius höchstpersönlich übertragen wurde.
- c) Die Vorgabe, den DSB dem Leiter der verarbeitenden Stelle „unmittelbar zu unterstellen“ – so § 4 f Abs. 3 S. 1 BDSG –, geht erkennbar von hierarchisch tiefer gegliederten Unternehmensstrukturen aus, die den Verhältnissen in Anwaltskanzleien zumeist nicht entsprechen. Kanzleiinhaber/Sozien/Partner scheiden als DSB aus, da sie nicht *unterstellt* sind und die reine Selbstkontrolle nicht dem Sinn der Vorschrift entspricht. Eine Zwischenebene mit beruflich höher qualifiziertem, lang erfahrenem Personal fehlt oftmals.

Der Rechtsanwalt würde also leicht in die Situation geraten, seinen fachlich hochspezifischen Informationsumgang von angestellten Junganwälten, Rechtsanwaltsfachangestellten oder sonstigen Gehilfen kontrollieren zu lassen (vorausgesetzt, dass innerhalb dieses Personenkreises überhaupt jemand die „erforderliche Fachkunde“ i. S. d. § 4 f Abs. 2 S. 1 BDSG aufzuweisen hätte).

Insbesondere aus der zuletzt genannten Konstellation ergibt sich eine unvermeidbare Gefährdung der Unabhängigkeit des eigenverantwortlichen Rechtsanwalts.

- d) Insgesamt wäre die Tätigkeit eines DSB durch die quasi-neutrale Rolle – zwischen Datenverarbeiter und Betroffenen – gekennzeichnet, wie sie ihm das BDSG zuweist (§ 4 f Abs. 3, 4 und 5 S. 2). Danach könnte die paradoxe Situation eintreten, dass ein DSB sich gegenüber dem Rechtsanwalt für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Prozessgegners einzusetzen hätte, und zwar auch aufgrund von Kenntnissen, die ihm nur aufgrund interner EDV-Aktenkontrolle zugänglich geworden sind.

Demgegenüber ist festzuhalten, dass der Rechtsanwalt als unabhängiger Vertreter der Interessen seines Mandanten der „Gegnerfreiheit“ im eigenen Hause bedarf.

- e) Die Tätigkeit des DSB wäre auch durch dessen ambivalente Position zwischen Datenverarbeiter und Aufsichtsbehörde mitgeprägt. §§ 4 g Abs. 1

S. 2, 4 d Abs. 6 S. 3 BDSG sehen vor, dass sich der DSB „in Zweifelsfällen“ an die Aufsichtsbehörde wenden kann oder muss. Hierin ist eine handgreifliche Gefährdung des Berufsgeheimnisses zu finden.

#### 4. Weiterentwicklung des Berufsrechts

- a) Auf der Grundlage der Beschlüsse der Hauptversammlung vom 26.09.1996 in Dresden und vom 20.10.2000 in Freiburg i. B. hat die BRAK dem BMJ einen Novellierungsvorschlag zur BRAO vorgelegt, der nähere Bestimmungen zur informationsrechtlichen Ergänzung des Berufsrechts enthält. Ziel ist die Schaffung ausgewogener rechtlicher Lösungen, die sowohl dem vom Datenschutzrecht angestrebten Persönlichkeitsschutz als auch den besonderen Bedingungen anwaltlicher informationeller Tätigkeit gerecht werden. Was die Aufsichtsfunktionen angeht, so werden diese in dem genannten Vorschlag in Anlehnung an die gegenwärtige Regelung in der BRAO fortentwickelt, und zwar unter intensiver Schonung des Mandatsgeheimnisses.

Die Aufsichtszuständigkeit liegt, wie es dem beruflichen Selbstverwaltungsprinzip entspricht, auch in Angelegenheiten des Datenschutzes bei den Rechtsanwaltskammern. Dass dies wegen der Subsidiarität des § 38 BDSG gegenüber der BRAO schon der geltenden Rechtslage entspricht – gerade auch unter Berücksichtigung der Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie vom 24.10.1995 – hat die BRAK bereits aufgrund der Stellungnahme ihres Ausschusses für Datenschutzrecht vom 09.10.2002 festgestellt.

- b) Im Novellierungsvorschlag ist eine Bestimmung enthalten, wonach der Rechtsanwalt verpflichtet ist, „technische und organisatorische Maßnahmen der Datensicherung zum Schutz personenbezogener sowie solcher Informationen, auf die sich die Pflicht des § 43 a Abs. 2 bezieht“, zu treffen. Datensicherheit wird in dem Vorschlag auch – weitergehend – zum Gegenstand von Prüfrechten seitens des Vorstands der Rechtsanwaltskammer gemacht.

Die BRAK beabsichtigt darüber hinaus, in einem Ergänzungsvorschlag, eingegrenzt auf organisatorisch-technische Fragen automatisierter Verarbeitung, eine *interne* Kontrolle vorzusehen, nämlich durch einen „Datensi-

cherheitsbeauftragten“ in Kanzleien mittlerer Größe und darüber. Bestellt werden soll dazu ein für die Aufgabe kompetenter Rechtsanwalt der Kanzlei (Partner/Angestellter) – auch ein sonstiger Berufsträger, mit dem eine berufliche Zusammenarbeit nach § 59 a Abs. 1 bis 3 BRAO besteht –, ferner ggf. ein geeigneter berufsmäßig tätiger Gehilfe, wengleich nicht der für die EDV leitend Verantwortliche selbst.

Eine sogartete, organisatorisch flexible Regelung wird der Behebung und Vermeidung (vermuteter) technischer Sicherheitsrisiken dienen, hingegen die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts bei der inhaltlichen Gestaltung seines Informationsumgangs unangetastet lassen.

## 5. Verfassungsrechtliche Aspekte

- a) In seiner in der Schriftenreihe der BRAK als Band 9 erschienenen Untersuchung „Freie Advokatur, anwaltliche Informationsverarbeitung und Datenschutzrecht“ (1995) kommt *Rüpke* zu dem Ergebnis, dass die Anwendung des BDSG in Ansehung mandatsbezogener Informationsverarbeitung des Rechtsanwalts verfassungswidrig sei. Dies sei nicht allein aus Art. 12 abzuleiten, sondern insbesondere aus Art. 5 GG, also aus der Gewährleistung der Rede-, Meinungs- und Informationsfreiheit. Näheres ergebe sich aus der Rechtsprechung des *BVerfG* zum Schutz von „Beiträgen zum geistigen Meinungskampf“ seitens des Anwalts im System der Rechtspflege. Das Datenverarbeitungsverbot mit gesetzlichem Erlaubnisvorbehalt (§ 4 Abs. 1 BDSG) sowie die im BDSG überwiegend aufgestellte Zulässigkeitsvoraussetzung der Erforderlichkeit der jeweiligen Verarbeitung würden den vom *BVerfG* zu Art. 5 GG entwickelten Kriterien nicht gerecht. Weiterhin verstoßen nach Auffassung des Autors die etwaigen Betretungs- und Prüfungsrechte der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden nach § 38 BDSG in Ansehung von Anwaltspraxen gegen Art. 13 GG.
- b) Diese Überlegungen führen über die zuvor dargelegten Aspekte der Subsidiarität hinaus und können zugleich richtungweisend für die Entwicklung des Berufsrechts sein. Die BRAK wird deshalb hierzu durch ihren Ausschuss Verfassungsrecht eine Stellungnahme erarbeiten lassen.