



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 69/2020 November 2020

zum

### Beschlussvorschlag des Landes Niedersachsen „Vereinheitlichung der Datenschutzaufsicht für den Markt“ in der Wirtschaftsministerkonferenz

#### Mitglieder des Ausschusses Datenschutzrecht

RA Klaus Brisch, LL.M.

RA Michael Dreßler

RAin Simone Eckert

RA Prof. Dr. Armin Herb, (Vorsitzender)

RA Dr. Wulf Kamlah

RAin Simone Kolb

RA Jörg Martin Mathis

RA Dr. Hendrik Schöttle

RA Prof. Dr. Ralph Wagner, LL.M.

RA André Haug, Vizepräsident BRAK

RA Sebastian Aurich, LL.M., BRAK Berlin

#### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9    Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin    Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Deutschland    Mail zentrale@brak.de

#### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9    Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel    Fax +32.2.743 86 56  
Belgien    Mail brak.bxl@brak.eu

**Verteiler** Europäische Kommission  
Europäisches Parlament  
Europäischer Datenschutzbeauftragter  
Rat der Europäischen Union  
Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU  
Justizreferenten der Landesvertretungen  
Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie  
Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz  
Bundesministerium des Innern  
Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Wirtschaftsministerkonferenz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Landeswirtschaftsminister/Wirtschaftssenatoren der Länder  
Landesdatenschutzbeauftragte  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Bundesverband der Freien Berufe  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Juristinnenbund  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund  
Neue Richtervereinigung e.V.  
Patentanwaltskammer  
Deutscher Steuerberaterverband e.V.  
Wirtschaftsprüferkammer  
Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e. V.  
Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands e. V.  
Deutsche Vereinigung für Datenschutz e. V.  
Bitkom e. V.  
davit – Arbeitsgemeinschaft IT-Recht im Deutschen Anwaltverein e. V.  
eco – Verband der Internetwirtschaft e. V.  
VAUNET – Verband Privater Medien e. V.  
Stiftung Datenschutz  
Datenschutzberater  
Computer und Recht  
Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBl, DRiZ, FamRZ, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Deubner Verlag Online Recht, Beck aktuell, Jurion  
Expertenbriefing, Juris Nachrichten, LexisNexis Rechtsnews, Otto Schmidt Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt den auf eine stärkere Vereinheitlichung und bereichsspezifischere Ausgestaltung der Datenschutzaufsicht in Deutschland zielenden Beschlussantrag des niedersächsischen Wirtschaftsministeriums vom 28. Mai 2020 im Rahmen der Wirtschaftsministerkonferenz vom 25./26. Juni 2020 (dort TOP 18, gegenwärtig TOP 17 der für den 30. November 2020 geplanten Wirtschaftsministerkonferenz).

Für beides besteht im nichtbehördlichen sowie im anwaltlichen Bereich ein erhebliches Bedürfnis. Ohne Zweifel ist jede Norm der DS-GVO in allen Bundesländern gleich auszulegen. Ebenso zweifellos unterscheiden sich aber die Datenschutz-Fragen und typischen Umsetzungsprobleme ganz erheblich von Branche zu Branche, z. B. zwischen der Anwaltschaft und dem Einzelhandel. Die Landesaufsichtsbehörden versuchen, diesen Umständen durch Abstimmungen im Gremium der Datenschutzkonferenz (DSK) sowie durch die Bildung von Fachreferaten und fachbezogenen Arbeitskreisen gerecht zu werden. Dabei stoßen sie jedoch auf Grenzen, die der föderalen Aufsichtsstruktur und der Bereichsferne der Datenschutzbehörden immanent sind. Wie die Datenethikkommission zutreffend festgestellt hat, sind einheitlichere und bereichsspezifischere Aufsichtsstrukturen aus praktischer und rechtsstaatlicher Sicht zu befürworten.

Für den anwaltlichen Bereich sprechen darüber hinaus das staatliche Interesse an einem effektiveren Grundrechtsschutz sowie das Rechtsstaatsgebot für eine eigene, unabhängige und zentrale Bereichsaufsicht. Diese sektorale Datenschutzaufsicht sollte aus verfassungsrechtlichen Gründen in der anwaltlichen Selbstverwaltung angesiedelt sein.

**Die Bundesrechtsanwaltskammer bittet die Wirtschaftsministerkonferenz vor diesem Hintergrund,**

- **dem Antrag des Niedersächsischen Ministers für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung vom 28. Mai 2020 zu entsprechen,**
- **sich für eine stärkere Vereinheitlichung der datenschutzbehördlichen Empfehlungen und der datenschutzbehördlichen Aufsichtspraxis einzusetzen und zu diesem Zweck eine zentralisierte Aufsichtsstruktur zu fördern,**
- **sich für eine stärkere Berücksichtigung bereichsspezifischer Belange einzusetzen und zu diesem Zweck die Schaffung bereichsspezifischer Aufsichtsstellen zu fördern sowie**
- **sich zur Stärkung des Rechtsstaats für eine im Bereich der anwaltlichen Selbstverwaltung anzusiedelnde zentrale Datenschutzaufsicht aus der und für die Anwaltschaft einzusetzen.**

## **Hintergrund**

Wie große Teile der deutschen Wirtschaft leidet auch die Anwaltschaft in wirtschaftlicher und organisatorischer Hinsicht unter der föderalen Aufsichtsstruktur und der fehlenden Expertise und Sensibilität für die besonderen Belange der anwaltlichen Arbeit und ihre verfassungsmäßigen Aufgaben in unserem Rechtsstaat.

Besonders kleinere Kanzleien und Unternehmen leiden unter der Kakophonie oft verschiedener Ansichten der Landesdatenschutzbehörden sowohl auf europäischer wie auf nationaler Ebene. Ihnen fehlen die personellen und finanziellen Kapazitäten, sich mit allen Verlautbarungen und Ansichten der Aufsichtsbehörden auseinanderzusetzen und die Risiken, die mit der Befolgung der einen oder anderen Ansicht einhergehen, zu bewerten. Ihnen bleibt nur die Wahl zwischen Entscheidungen auf völlig unsicherer Grundlage („Blindflug“) oder der Aufgabe Ihrer Vorhaben bzw. Tätigkeiten. Kanzleien und Unternehmen, die demgegenüber entsprechende Bewertungskapazitäten aufbringen können, werden hierdurch finanziell erheblich belastet. Nicht zuletzt besteht auch für sie am Ende langwieriger Befassungen mit den vielen Verlautbarungen und Ansichten oft nur die Gewissheit, dass ein rechtssicherer Weg nicht beschritten werden kann.

Die deutschen Aufsichtsbehörden beklagen selbst Vollzugsdefizite und -unterschiede auf europäischer Ebene, weil die nationalen Behörden teils (offen oder verdeckt) sehr verschiedene Ansichten zur DS-GVO vertreten und umsetzen. Genau dieses Bild zeigt sich innerhalb Deutschlands, allerdings ohne, dass es dort von den deutschen Aufsichtsbehörden problematisiert wird. Zum Beleg des Gegenteils wird oft angeführt, es habe noch kein Thema gegeben, bei welchem man sich im Rahmen der Vertretung auf europäischer Ebene nicht habe einigen können. Zudem wird auf die Abstimmung und die gemeinsamen Stellungnahmen im Rahmen der Datenschutzkonferenz verwiesen. Diese Tatsachen können aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass in vielen für die Datenverarbeitungen in Unternehmen und Kanzleien wesentlichen Fragen keine Einigkeit erzielt werden konnte. Hinweise zum Einsatz von Microsoft 365 konnten etwa nur mit neun zu acht Stimmen beschlossen werden. Abstimmungen, die erfolgen, dauern oft zu lang, insoweit seien ebenfalls beispielhaft die Hinweise zu Microsoft 365 genannt, und sind in jedem Fall unverbindlich. Auch die Folgerungen aus dem EuGH-Urteil zum Privacy-Shield (Schrems II) sind unterschiedlichster Natur und z. B. für Anwälte, die Export-Unternehmen beraten, nicht handhabbar. Die in Kanzleien, Unternehmen und Zivilgesellschaft dringend benötigte Sicherheit über die Aufsichtspraxis der Behörden kann so nicht erzielt werden. Da es bei den Abstimmungsverfahren im Rahmen der DSK häufig Meinungsverschiedenheiten zu überwinden – und gelegentlich wohl auch zu überdecken – gilt, sind deren Ergebnisse auch nicht immer hilfreich.

Die Folgen der Auslegungsdifferenzen zwischen den Landesdatenschutzbehörden werden für die datenschutzrechtlich verantwortlichen Stellen auch nicht durch die vermeintlich klaren Zuständigkeitsvorschriften der §§ 17 BDSG ff. gemildert. Denn Rechtsanwälte beraten und vertreten regelmäßig Geschäftspartner und Mandanten in ganz Deutschland, sodass im Ergebnis doch parallele Zuständigkeiten für untrennbare Sachverhalte bestehen. Kanzleien etwa kooperieren zunehmend über Online-Plattformen bzw. -Tools und kommunizieren sowohl mit anderen Berufsträgern als auch mit Mandanten über solche. Mag dabei auch jede Partei in eigener Verantwortlichkeit handeln und damit einer klaren Zuständigkeit unterliegen, so stellt sich doch das Problem, dass eine für alle Beteiligten vertretbare Lösung gefunden werden muss. Schließlich ist auch ein Beteiligter, der weder für den Betrieb der Plattform noch für den Betrieb eines dort angelegten Nutzerkontos verantwortlich ist, verpflichtet zu prüfen, ob die personenbezogenen Daten bei einer Kommunikation über den jeweiligen Dienst einem angemessenen Schutzniveau unterliegen. Dies müsste er verneinen, wenn die für ihn zuständige Aufsichtsbehörde einen vom Mandanten oder Kooperationspartner gewünschten oder bereitgestellten Dienst für nicht datenschutzkonform nutzbar erachtet. Unterschiedliche Ansichten der Berliner und Baden-Württembergischen Aufsichtsbehörden werden etwa im Hinblick auf die Nutzung des Videodienstanbieters Zoom vertreten.

Gelegentlich wird vertreten, dass divergierende Ansichten der deutschen Aufsichtsbehörden der von der DS-GVO vorgegebenen Umsetzungs- und Technologieoffenheit geschuldet sei und dass den datenschutzrechtlich verantwortlichen Stellen in Deutschland dadurch Gestaltungsspielräume eröffnet würden. Dabei seien unterschiedliche Auslegungen für die Verantwortlichen von Vorteil, denn sie müss-

ten in der Praxis kein Bußgeld befürchten, wenn wenigstens eine deutsche Aufsichtsbehörde die vorgenommene Datenverarbeitung für rechtmäßig erachte. Diese Argumentation überzeugt nicht, weil sie außer Acht lässt, dass Verantwortliche in solchen Fällen weiter dem Risiko von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen sowie Unterlassungsanordnungen ausgesetzt sind. Auf einer solchen Grundlage können Entscheidungen über Verarbeitungsabläufe und insbesondere über oft kostenträchtige Einsätze von IT-Produkten nicht getroffen werden. Dadurch wird die technische und wirtschaftliche Fortentwicklung sowohl der Wirtschaft als auch der Anwaltschaft gehemmt.

In einem Rechtsstaat sollte für jeden Normadressaten so klar wie irgend möglich ersichtlich sein, welche rechtlichen Folgen sein Handeln haben kann. Die derzeitige Aufsichtsstruktur in Deutschland steht dem diametral entgegen.

### **Bedürfnis nach bereichsspezifischer Aufsicht**

Bislang wird ein Bedürfnis nach einer bereichsspezifischeren Aufsichtsrichtung vor allem unter den Gesichtspunkten technischer Spezialisierung und branchenspezifischer Verarbeitungsvorgänge diskutiert. Allerdings lassen sich daneben – insbesondere im anwaltlichen Bereich (siehe dazu unten) – auch organisatorische und rechtliche Besonderheiten der unterschiedlichen Bereiche hierfür ins Feld führen. Sämtliche derart bereichsspezifische Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen, fällt den damit nicht vertrauten Landesdatenschutzbehörden naturgemäß schwer (siehe dazu ebenfalls unten).

Anders als die regionale Aufteilung der Aufsicht in Deutschland haben sich die bereits bestehenden sektoralen Strukturen in den Bereichen Post und Telekommunikation sowie Finanzwesen (BfDI), Kirche (Kirchliche BfD) und Medien (Senderbeauftragte, Presserat) bewährt.

### **Datenschutzaufsicht im anwaltlichen Bereich**

Die Aufsicht über die Rechtsanwaltschaft obliegt in Deutschland aus verfassungsrechtlichen wie rechtsstaatlichen Gründen der anwaltlichen Selbstverwaltung – bestehend aus 28 Rechtsanwaltskammern. Diese selbst sind Ausdruck anwaltlicher Staatsferne. Sie werden durch die Bundesrechtsanwaltskammer als Dachorganisation repräsentiert. In datenschutzrechtlicher Hinsicht sind daneben 17 Landesdatenschutzbehörden für die Aufsicht über die Anwälte und Rechtsanwaltskammern zuständig.

Allerdings gewährleistet das Grundgesetz dem Rechtsanwalt eine von staatlicher Kontrolle und Bevormundung freie Berufsausübung und schützt dazu insbesondere das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant (vgl. BVerfGE 113, 29 [49]). Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufszugehörigen (vgl. BVerfGE 63, 266 [286] sowie das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit (vgl. BVerfGE 76, 171 [190]) sind die Grundbedingungen dafür, dass dieses Vertrauen entstehen kann. Maßnahmen, die geeignet sind, das Entstehen des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant auch nur im Ansatz zu stören oder gar auszuschließen, greifen nicht nur in die Subjektstellung des Mandanten, sondern auch in die Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts ein. Die Tätigkeit des Rechtsanwalts liegt dabei auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege (zu allem vgl. BVerfG NJW 2010, 1740 m.w.N.).

Die anwaltliche Verschwiegenheit dient der Gewährleistung einer ganzen Reihe von Grund- und Verfassungsrechten (Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK, Art. 47 Abs. 1, 2 Satz 2 GRCh, Art. 20 Abs. 3, Art. 103 Abs. 1 GG, 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 7 GRCh, Art. 12 Abs. 1 GG) und ist in einem Rechtsstaat schlicht unabdingbar. Eine Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtungen des Anwalts unterliegt daher aus guten Gründen strengen berufs- und strafrechtlichen Sanktionen, was auch für die Offenbarung von Mandatsgeheimnissen gegenüber den für den Datenschutz zuständigen Aufsichtsbehörden gilt (vgl. KG, NJW 2011, 324 f.).

Allein die vom Bewusstsein anwaltlicher Rechte und Pflichten sowie der gebotenen Praxisnähe – und damit auch der von der Kommission angesprochenen sektorspezifischen Expertise – geprägte anwaltliche Selbstverwaltung ist daher Garant der anwaltlichen Unabhängigkeit und Verschwiegenheit, und dies im Interesse des Rechtsuchenden wie der Rechtspflege.

Die datenschutzrechtliche Aufsicht über die Anwaltschaft durch Landesdatenschutzbehörden ist damit weder dogmatisch noch praktisch in Einklang zu bringen. Wie die Vergangenheit zeigt, interpretieren die Landesdatenschutzbehörden die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht, je nach Konstellation, zu eng oder zu weit, und dies, obwohl sie für die Auslegung des anwaltlichen Berufsrechts gar nicht zuständig sind.

### **Verletzungen des Berufsgeheimnisses durch Landesdatenschutzbehörden**

Es geschieht leider immer wieder, dass Landesdatenschutzbehörden die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht missachten und Anwälte unter Sanktionsandrohung zur Preisgabe mandatsgeschützter Informationen auffordern. Dabei verkennen die Aufsichtsbehörden, dass Sie trotz eines gemäß Art. 91 Abs. 1 DS-GVO i. V. m. § 29 Abs. 3 BDSG – umstrittener Maßen – bestehenden Auskunftsrechts im Rahmen ihrer Ermessensausübung das Mandatsgeheimnis und insbesondere die dahinterstehenden Grund- und Verfassungsrechte zu beachten haben und dass dabei in der Regel der anwaltlichen Verschwiegenheit der Vorzug zu geben ist. Notwendig ist deshalb eine „Sektorale Datenschutzkontrolle bei Rechtsanwälten“ (so der Titel einer in der BRAK-Schriftenreihe, Bd. 21, erschienenen Dissertation).

### **Falsche und kompetenzüberschreitende Auslegungen des Berufsrechts durch Datenschutzbehörden**

Zunehmend häufiger kommt es vor, dass Landesdatenschutzbehörden sich anmaßen, anwaltliches Berufsrecht auszulegen und daraus datenschutzrechtliche Verpflichtungen abzuleiten. Nicht selten wird dabei das anwaltliche Berufsrecht falsch ausgelegt und es werden in der Folge unter Berufung auf eine vermeintlich bestehende Verschwiegenheitspflicht in Wahrheit nicht bestehende besondere datenschutzrechtliche Anforderungen für den anwaltlichen Bereich bzw. die Datenverarbeitung durch Berufsgeheimnisträger formuliert. Jüngere Beispiele hierfür sind die [Empfehlungen der Berliner Landesdatenschutzbeauftragten \(Bln LfDI\) zur Durchführung von Videokonferenzen](#) (Version 1.2 vom 3. Juli 2020) und die [Orientierungshilfe der Datenschutzkonferenz \(DSK\) zu den Anforderungen an Datenübermittlungen per E-Mail](#) vom 13. März 2020 (dort Ziffer 4.2.3). Im erstgenannten Fall wurde behauptet, Berufsgeheimnisträger dürften allein solche Auftragsverarbeiter beauftragen, die im Falle einer Vertraulichkeitsverpflichtung strafrechtlich belangt werden könnten. Dies trifft weder berufs- noch strafrechtlich zu und würde in Ermangelung der Unternehmensstrafbarkeit de facto dazu führen, dass eine Inanspruchnahme externer Dienstleister entgegen der in § 203 Abs. 3 Satz 2 StGB und § 43e Abs. 1 BRAO vorgesehenen Möglichkeit dies zu tun, nicht erfolgen könnte. Im Falle der Orientierungshilfe der DSK wurde unter Berufung auf die angeblich so bestehende Verschwiegenheitspflicht formuliert, dass die E-Mail-Korrespondenz von Berufsgeheimnisträgern ausschließlich inhaltsverschlüsselt erfolgen dürfe und dass dabei durch zusätzliche Maßnahmen (welche sollten das neben einer Inhaltsverschlüsselung sein?) sichergestellt werden müsse, dass die Korrespondenz ausschließlich Befugten zur Kenntnis gelangen könne. Die BRAK hat hierzu bereits gesondert Stellung genommen ([BRAK-Stellungnahme 47/2020](#)).

### **Eigene und unabhängige Aufsichtsstelle aus der und für die Anwaltschaft**

Die Bundesrechtsanwaltskammer fordert vor diesem Hintergrund seit langem die Einführung einer selbstverwalteten und unabhängigen Datenschutzaufsichtsstelle aus der und für die Rechtsanwaltschaft (so etwa in der [BRAK-Stellungnahme 41/2016](#) – auf die dortigen, ausführlichen Begründungen

wird ergänzend verwiesen). Diese Forderung nach einer sektoralen Datenschutzaufsicht muss an dieser Stelle bekräftigt werden. Es ist nicht nachvollziehbar, warum Kirchen und öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine eigene Aufsichtsstelle zugestanden, der Rechtsanwaltschaft aber, die aus rechtsstaatlichen Gründen auf eine solche angewiesen ist, diese bislang versagt wird.

Die Bundesrechtsanwaltskammer steht mit ihrer bereichsspezifischen und (datenschutz-)rechtlichen Expertise für den Aufbau einer solchen Stelle bereit. Auf die hier vorhandenen Erfahrungen aus der Einrichtung der sehr erfolgreich arbeitenden unabhängigen Schlichtungsstelle der Anwaltschaft kann dabei zurückgegriffen werden.

\* \* \*